

CODE NAPOLÉON.

LIVRE III. — TITRES III & IV.

DES CONTRATS

OU DES

OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL

ET DES

ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT SANS CONVENTION.

II.

LIMOGES. — DUCOURTIEUX ET Cie, IMPRIMEURS.

THÉORIE & PRATIQUE

DES

OBLIGATIONS

OU

COMMENTAIRE

DES TITRES III & IV, LIVRE III, DU CODE NAPOLÉON

Art. 1101 à 1386

PAR M. L. LAROMBIÈRE

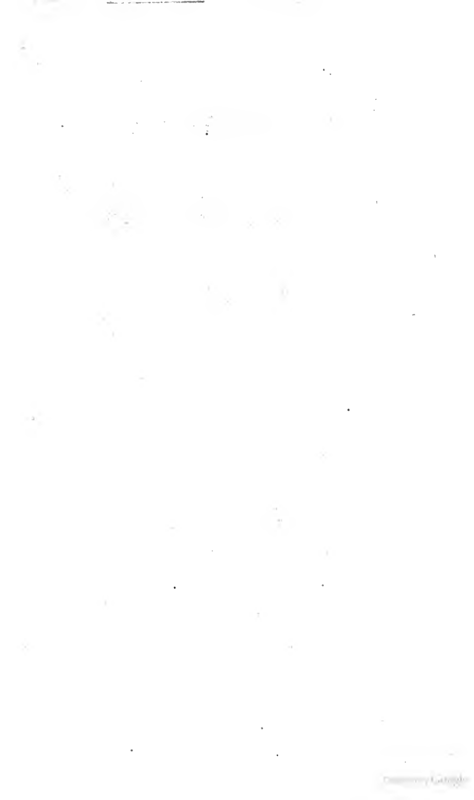
Président à la Cour impériale de Limoges.

TOME DEUXIÈME.

PARIS

A. DURAND, LIBRAIRE, 7, RUE DES GRÈS-SORBONNE.

1857



CODE NAPOLÉON.

LIVRE III. — TITRE III.

DES CONTRATS

Ou des Obligations conventionnelles en général.

(Décrété le 7 février 1804. Promulgué le 17 du même mois.)

CHAPITRE IV.

DES DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS.

SECTION Ire.

DES OBLIGATIONS CONDITIONNELLES.

§ Ier. De la condition en général, et de ses diverses espèces.

ARTICLE 1168.

L'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un évènement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'évènement arrive, soit en la résiliant, selon que l'évènement arrivera ou n'arrivera pas.

Sommaire.

1. La condition; sa définition, son étymologie, ses acceptions diverses.
2. La condition dépend d'un évènement futur et incertain.
3. Le mode.
4. En quoi il diffère de la condition.

5. Comment on peut l'en distinguer.
6. Le mode est une charge exigible.
7. Il se présume plutôt que la condition.
8. La condition se présume plutôt résolutoire que suspensive.
9. Le mode peut être conditionnel.
10. De la condition et du mode dans les actes testamentaires.
11. Suite.
12. Le mode s'y présume plutôt que la condition.
13. Formules de condition et de mode.
14. *Qui, que, dont,* se référant à une qualité présente ou passée,
15. A une qualité future de la personne ou de l'objet.
16. Assignat limitatif et démonstratif dans les contrats et les testaments. Développements.
17. Règle pour les distinguer l'un de l'autre.
18. Cas où l'on indique un emploi à faire de l'objet du contrat ou de la disposition.
19. Conditions expresses, virtuelles et tacites.

COMMENTAIRE.

1. Expression des besoins et de la volonté des contractants, les conventions se diversifient à l'infini. Chacune a son objet, sa cause, sa nature, son caractère. A cette diversité des contrats, vient se joindre encore la diversité des obligations que la loi n'a point jetées, ni pu jeter dans un moule unique, pour leur imposer une rigoureuse uniformité, alors même qu'elles naissent de contrats de même nature et de même espèce. La volonté des parties se manifeste non seulement par la convention qu'elles choisissent, mais encore par les obligations qui en résultent.

Je préfère la vente à tel autre contrat; et, dans ce contrat, je puis préférer telle obligation à telle autre. Libre de contracter, je suis maître aussi de m'obliger de telle manière. Je vous vends ma maison et, en même temps, je stipule que la vente sera résolue si le *Véloce* arrive de Smyrne. Je promets de vous donner 1,000 fr. si tel navire revient d'Amérique. L'évènement que je prévois forme une condition, dans le premier cas, résolutoire; dans le second, suspensive.

La condition est donc un évènement futur et incertain, de l'existence ou de la non existence duquel on fait dépendre

soit l'accomplissement, soit la résolution d'une obligation. De là le nom de conditionnelles aux obligations ainsi suspendues, ainsi résolubles, par opposition aux obligations pures et simples qui, définitivement contractées, n'ont besoin de l'avenir que pour leur exécution.

La condition suspensive est l'évènement futur et incertain de l'existence ou de la non existence duquel on fait dépendre l'accomplissement de l'obligation.

La condition résolutoire est l'évènement futur et incertain de l'existence ou de la non existence duquel on fait dépendre la résolution de l'obligation.

On appelle également condition la clause elle-même qui fait de l'évènement une cause de suspension ou de résolution de l'obligation.

L'étymologie du terme le fait prendre encore dans une acception plus générale. Suivant quelques étymologistes, le mot condition dérive de *condere*, *conditum*, *conditio*, qui signifie fonder, établir, faire, en un mot, qu'une chose existe de certaine manière. C'est ainsi que le mot condition désigne la nature, l'état, la manière d'être des personnes, des choses, des actes, des contrats.

Appliqué aux contrats dans cette acception générale, il signifie toutes les clauses, charges, réserves, obligations naturelles ou accidentelles, principales ou accessoires, expresses ou tacites, qui viennent, sur la stipulation formelle des parties ou sur la stipulation tacite de la loi, fonder la convention, la modifier, lui donner enfin une existence particulière et déterminée, la conditionner, si je puis employer cette expression.

Les clauses et obligations accessoires qui ne dérivent pas naturellement du contrat, mais qui s'y ajoutent accidentellement pour le modifier, s'appellent plus particulièrement modes, de *modus*, manière d'être. On dit alors une clause modale, pour qualifier une clause qui donne à la convention une certaine manière d'être que sans elle elle n'aurait pas.

2. Comme le propre de la condition est de suspendre

l'existence ou la résolution de l'obligation, elle doit essentiellement dépendre d'un évènement à la fois futur et incertain. L'avenir et l'incertitude, voilà ses caractères essentiels. Un évènement présent ou passé, mais ignoré des contractants, ne saurait constituer une condition proprement dite, mais seulement une condition dans le sens général du mot. Présent ou passé, un pareil évènement ne peut en effet suspendre ni résoudre l'obligation. Cette obligation est comme l'évènement qui lui est apposé comme condition; elle existe ou n'existe pas. Il est en effet impossible de dire d'elle, au futur, qu'elle existera ou qu'elle n'existera pas. Je vous payerai 100 fr., si tel vit; voilà une condition qui ne peut ni suspendre ni résoudre; mon obligation existe ou n'existe pas à l'instant même, suivant l'existence ou la non existence de tel. *Conditio in præteritum, non tantùm in præsens tempus relata, statim aut perimit obligationem, aut omninò non differt* (1). Dans de pareilles conditions il n'y a donc point d'évènement à attendre, mais seulement à vérifier. Il y a dans l'ordre des choses fait accompli (2).

Il ne suffit pas que l'évènement soit futur; il faut encore qu'il soit incertain, pour constituer une véritable condition. Un évènement est incertain quand il peut arriver ou ne pas arriver. Un fait infaillible, quoique l'époque de son arrivée soit incertaine, n'est pas proprement une condition, mais un terme. Il ne suspend pas l'obligation, il en diffère seulement l'exigibilité. Stipuler sous la condition d'un évènement infaillible, c'est stipuler purement et simplement (3).

Ainsi, que je m'oblige sous cette condition, si je meurs, si vous mourez; la certitude de ma mort ou de la vôtre, malgré l'incertitude de son jour, l'empêche d'être une véritable condition et en fait un terme dans les contrats. C'est comme si je m'étais obligé à votre décès, à mon décès (4). Ceci n'est abso-

(1) L. 100, *ff. De verb. oblig.* — L. 37, *ff. De reb. cred.*
(2) Instit., *De verb. oblig.*, § 6.
(3) L. 19, *ff. De novat.*
(4) L. 45, § 1 et 3, *ff. De verb. oblig.*

lument vrai toutefois qu'en matière de contrats ; car un pareil fait peut constituer une véritable condition dans les dispositions testamentaires (1040, 1041, C. Nap.) (1).

Mais que je dise, si je meurs avant vous, si vous mourez avant telle ou telle personne, il y a une condition proprement dite. Mon prédécès ou le vôtre est un évènement futur et incertain. Ce n'est plus en effet ma mort ou la vôtre qui est prévue sans restriction, d'une manière absolue ; c'est mon prédécès, c'est le vôtre. Il est sûr que nous mourrons ; mais il n'est pas sûr que nous mourrons avant telle ou telle personne. L'incertitude n'atteint donc plus l'époque seule, mais la réalisation même de l'évènement.

3. Si les parties ajoutent dans leur convention une clause qui n'a pas pour objet de suspendre ou de résoudre l'obligation, suivant l'existence ou la non existence d'un fait prévu, cette clause ne constitue pas une condition, mais un mode. Nous ne nous arrêterons pas aux clauses modales, qui ne font que modifier l'obligation en indiquant une manière particulière d'exécution et de payement; mais qu'il nous soit permis d'insister sur celles qui contiennent une charge accessoire et sont, pour ainsi dire, une circonstance aggravante de l'obligation.

Si je vous vends, par exemple, ma maison moyennant vingt mille francs, à la condition que vous planterez mille chênes sur mes héritages que je désigne ; cette clause particulière sera un mode renfermant une charge accessoire, et non une condition proprement dite, ou bien seulement une condition, dans le sens général du terme. On trouve en effet dans le droit romain et dans le Code Napoléon plusieurs textes où le mot condition est employé pour désigner un mode (2). Ce qui fait dire à Cujas (3) : *Modus sæpe appellatur conditio, non contra.*

(1) Voy. Pothier, *Oblig.* n° 203. — Duranton, t. 11, n°s 13 et suiv.
(2) Voy. l. 71, *ff. De cond. et demonst.* — L. 2, § *ult.*, *ff. De donat.* — C. Nap., art. 1041, 1121.
(3) *Quest. papin.*, l. 71, *ff. De cond. et demonst.*

4. Il y a cependant entre eux des différences importantes et essentielles. La condition suspend ou résout l'obligation ; il n'en est pas ainsi du mode, et, comme le dit Cujas, *conditio est causa quæ præcedre præstationem debet, modus est causa vel conditio quæ et sequi præstationem potest*. Le mode est une charge du contrat, il fait partie intégrante de l'obligation ; il est aussi le pourquoi on contracte, la cause de la convention. A ce titre, le mode peut contenir une véritable condition résolutoire légale et tacite, suivant l'article 1184, qui suppose l'existence d'une pareille condition dans tous les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfait pas à ses engagements.

5. Il n'est pas toujours facile de distinguer dans les conventions la condition du mode, quoique cette distinction soit fort importante. Il faudra donc apprécier les termes du contrat et l'intention des parties, examiner, suivant les règles de l'interprétation, si elles ont stipulé l'accomplissement d'une charge, d'une obligation, plutôt que prévu la réalisation future et fortuite d'un évènement. Par sa nature, en effet, le mode affecte la personne, il ne s'accomplit que par un acte personnel, il est essentiellement potestatif ou au moins mixte. Dans la condition proprement dite, l'activité humaine peut et doit quelquefois intervenir, lorsque l'évènement ne dépend pas exclusivement du hasard ; mais alors elle n'intervient pas comme agent unique de la réalisation du fait prévu, mais seulement comme agent principal ou secondaire qui la provoque et la poursuit.

Lors donc que l'évènement prévu par les contractants dépendra exclusivement d'un tiers ou du hasard, on pourra dire avec confiance qu'il constitue non un mode, mais une condition. Que si, au contraire, les parties ont stipulé un acte personnel, au moins en partie, à celui qui doit exécuter la clause, il pourra y avoir dans leur convention une condition tout aussi bien qu'un mode.

Je vous donne le fonds cornélien si vous faites telle chose ;

voilà une condition. Je vous donne le fonds cornélien, à la charge par vous de faire telle chose; voilà un mode, parce que la charge qui vous est imposée ne suspend ni ne retarde l'exécution de notre convention, et que son inexécution, de votre part, doit seule entraîner sa résolution. C'est bien là le caractère essentiel qui distingue le mode de la condition suspensive, dont il se sépare par les caractères de la condition résolutoire et encore par ceux qui lui sont propres

Dans les conditions dont l'accomplissement dépend d'un fait personnel, celui à qui il est imposé est libre de l'accomplir ou non. Il suspend, résout, ou consolide l'obligation à sa volonté; du moins il est maître d'agir ou de n'agir pas, et ne fait qu'encourir les conséquences prévues de son action ou de son inaction, c'est-à-dire la suspension indéfinie, la résolution ou la perfection de l'obligation. Le mode, au contraire, est une chose ou un fait, stipulé pour soi-même ou pour autrui, obligatoire et payable. Il est cause de l'obligation. La partie qui l'a stipulé peut en exiger le payement, dans les termes de la convention, sinon demander la résolution du contrat avec dommages et intérêts (1). Dans l'interprétation d'une clause qui présente un mode aussi bien qu'une condition, il faudra donc examiner si, dans l'intention des parties, la chose ou le fait stipulé l'a été comme obligatoire et exigible, plutôt que comme facultatif et discrétionnaire. Ici, c'est une condition proprement dite; là, c'est un mode.

6. Nous ne saurions assez insister sur la différence qui sépare le mode, tel que nous le considérons ici, de la véritable condition. La loi 41, *ff. De contr. empt.*, nous offre une espèce qui peut servir de cadre à notre commentaire. Un fonds était hypothéqué; une personne le demande à acheter dans ces termes : je l'achète, à la condition (*si*) que vous, vendeur, vous l'aurez libéré avant les calendes de juillet. L'acheteur pourra t-il actionner *ex empto* le vendeur en libération du fonds

(1) TOULLIER, T. 6, n° 506.

vendu? Examinons la convention. Ses termes indiquent-ils que le vendeur devait libérer le fonds avant les calendes de juillet? Il pourra être actionné *ex empto*, et la vente ne sera point censée faite sous condition, comme elle ne le serait point non plus si l'acquéreur avait dit : j'achète votre héritage, à la charge par vous de le libérer, de le racheter dans tel délai. Si la vente est conditionnelle, on ne pourra exiger du vendeur l'accomplissement de la condition.

Voilà bien la différence nettement marquée entre le mode et la condition. Le mode est une charge exigible ; *erit actio*, pour qu'elle soit acquittée. La condition est un fait dépendant du hasard ou de la puissance individuelle de l'une des parties ; dans tous les cas, *non poterit agi ut conditio impleatur*.

7. Dans le doute, la clause s'interprétera plutôt dans le sens d'un mode que dans le sens d'une condition. On doit en effet légitimement supposer que les contractants ont eu l'intention de faire une convention emportant une obligation pure et simple plutôt que conditionnelle, et pour ainsi dire discrétionnaire, puisque c'est la personne seule qui peut accomplir le fait stipulé dans la clause dont on recherche le caractère (1).

8. Par une application du même principe, nous interpréterons les clauses obscures et ambiguës, comme renfermant une condition plutôt résolutoire que suspensive. En effet, les contrats abandonnés à leur puissance naturelle et aux dispositions ordinaires de la loi, produisent des résultats immédiats. Ils entraînent immédiatement avec eux des obligations et des droits qui modifient les positions respectives des contractants. L'instantanéité dans les effets, voilà leur nature ; elle est la disposition de la loi, elle est aussi le vœu présumé des parties, tandis que la suspension de la convention est contre sa nature, contre l'intention présumée des contractants. On peut donc légitimement supposer qu'ils ont voulu, sinon se créer une situation définitive, du moins en avoir une qui, réa-

(1) Voy. *infrà*, n° 12.

lisant d'abord les bénéfices du contrat, leur permît, au milieu de leur jouissance, d'en attendre du temps la certitude et la confirmation. Contracter et cependant demeurer dans le *statu quo* d'une condition suspensive, c'est quelque chose si peu en harmonie avec les effets naturels des contrats qu'on ne peut l'admettre qu'avec l'évidence d'une preuve complète. C'est donc entrer à la fois dans l'esprit de la loi et dans l'intention des parties que de présumer, dans le doute, une condition plutôt résolutoire que suspensive.

Il n'est pas toujours facile de distinguer la véritable nature de la condition apposée. Il faut la rechercher avant tout dans les effets que les parties ont entendu faire produire à leur convention, sans s'attacher trop littéralement aux expressions qu'elles ont employées. Comme la condition résolutoire ne suspend point l'exécution de l'obligation (1183), si cette exécution doit demeurer suspendue, on peut dire, à coup sûr, qu'il n'y a pas de condition résolutoire, quels que soient d'ailleurs les termes employés de résolution, de révocation, de résiliation. Ainsi, je m'oblige à faire ou à donner telle chose, en ajoutant que mon obligation sera révoquée si tel évènement arrive. Comme il est clair que je ne veux pas faire ou donner tout de suite, la condition de révocation se retourne naturellement en cette condition suspensive négative, si tel évènement n'arrive pas. L'exécution de mon obligation en dépend en effet.

On devrait de même reconnaître les véritables caractères d'une condition résolutoire dans la convention dont le maintien serait subordonné à l'arrivée de tel évènement. La condition résolutoire serait alors le cas inverse de celui duquel on aurait fait dépendre le maintien du contrat. Mais il suffit de renvoyer aux règles générales de l'interprétation.

9. Sous le point de vue particulier duquel nous l'avons considéré dans ses rapports avec la condition, et fait rentrer ainsi dans la classe des obligations, le mode lui-même peut être assorti d'une condition suspensive ou résolutoire. Par exem-

ple, je vous vends ma propriété dix mille francs, et encore à la charge par vous, si mon frère revient d'Amérique, de me construire une maison. Voilà un mode conditionnel.

10. Jusque-là, nous avons parlé du mode et de la condition insérés dans les contrats; ils peuvent également se rencontrer dans les dispositions testamentaires. Nous poserons donc ici quelques principes généraux dont les développements appartiennent spécialement à la matière des testaments.

Je puis disposer, jusqu'à concurrence de ma quotité disponible, sous telles conditions, charges et clauses que ma volonté me suggère et que la loi ne prohibe point. Dans le doute, mes dispositions s'interprèteront de préférence dans le sens d'une condition résolutoire, comme dans les contrats, parce que les effets en sont plus larges et rentrent mieux dans l'esprit de la loi et la volonté du testateur.

Je vous institue héritier ou légataire, à la charge de faire ou de donner telle chose. Y aura-t-il un mode, y aura-t-il une condition? Nous appliquerons ici la distinction essentielle que nous avons établie entre la condition et le mode, et nous dirons : un tiers a-t-il une action contre vous pour vous contraindre directement à accomplir, à acquitter la charge imposée? Il y aura un mode. N'a-t-il aucune action? Il y aura une condition véritable.

Je vous nomme héritier ou légataire, à la charge de planter mille chênes dans la propriété de telle personne, de lui payer mille francs, de ne point bâtir devant sa maison, de souffrir de sa part l'exercice de telle ou telle servitude, de lui servir une rente viagère de cent francs, de faire son portrait; cette personne aura action contre vous. Ma disposition est onéreuse, elle est faite *sub modo*, elle est modale, dans le sens que nous donnons ici à l'expression mode. Si la charge apposée à votre institution ou à votre legs, au lieu de l'être dans l'intérêt d'un tiers, l'était dans mon intérêt, dans l'intérêt de ma mémoire, par exemple, de m'élever un monument, de faire ma statue, de célébrer pour moi tant de messes de *Requiem*; mes héritiers, représentants de ma personne, exécuteurs naturels et

légitimes de mes dernières volontés, auraient une action contre vous ; il y aurait encore un mode (1).

Que si, au contraire, la clause est telle que le fait apposé comme charge ou condition échappe à toute action en payement, il y aura une condition proprement dite, suspensive ou résolutoire. Je vous lègue mille francs, si vous allez à Paris, si vous n'allez pas à Constantinople, si vous vous mariez, si tel vaisseau arrive d'Amérique ; personne n'a d'action contre vous, pour vous contraindre à accomplir de pareilles clauses. Je m'en suis remis à votre volonté ou au hasard, et on ne peut pas plus mettre en demeure l'une que l'autre. C'est donc une condition que j'ai apposée à ma disposition. Et il y aura cette différence remarquable entre les effets du mode et ceux de la condition, que le mode produira une action pour contraindre l'héritier ou le légataire qui en est grevé à l'exécuter, sans que l'inexécution de la charge puisse entraîner de plein droit (2) (1046) la résolution de l'institution, si une résolution de cette nature n'est expressément stipulée ; tandis que la condition simple, sans donner action et droit de poursuivre, suspend ou résout de plein droit les effets de l'institution. Ainsi, ce que le mode perd du côté de la force suspensive ou résolutoire, il le gagne du côté de la force obligatoire ; et ce que la condition simple perd elle-même de ce côté, elle le gagne par les effets qui lui sont propres.

11. Cette distinction entre le mode et la condition ressort de la nature des choses. Un legs imposé à l'héritier est le mode par excellence de son institution. Pourquoi la charge imposée au légataire, au profit d'un tiers, legs sur legs, si je puis m'exprimer ainsi, ne serait-elle pas également le mode de son institution? Qu'on accepte au moins ma pensée. Si le légataire a immédiatement un droit ouvert contre l'héritier, si l'héritier

(1) Voy. l. 7, *ff. De annuis legat.*

(2) Voy. DURANTON, T. 9, n[os] 322, 334. — RICARD, *Disp. cond.*, n[os] 72 et suiv. — TOULLIER, T. 6, n[os] 582 et suiv. — FURGOLE, *Testaments*, ch. 7, sect. 3, n[os] 89 et suiv. — MERLIN, Rép., v° *Mode*.

peut être poursuivi en payement, pourquoi le sous-légataire n'aurait-il pas le même droit d'action et de poursuite vis-à-vis du légataire grevé en sa faveur? Cette charge qui le grève, cette obligation exécutoire et payable par voie de contrainte, comme toutes les obligations, soit qu'elles dérivent d'un contrat, c'est-à-dire de deux ou plusieurs volontés mises en rapport, ou d'un testament, c'est-à-dire d'une volonté qui dispose, mise en rapport avec une autre volonté qui accepte; voilà ce que j'appelle un mode, par opposition à la prévision d'un fait dont la réalisation est abandonnée à la discrétion d'une personne ou du hasard, ou de tous les deux à la fois, et qu'on appelle une condition.

L'on nous pardonnera sans peine d'avoir insisté sur une matière importante et délicate, quelque peu confuse parmi les auteurs, et d'avoir essayé de dissiper cette confusion pour poser en plein jour quelques principes féconds en conséquences. Nous avons voulu simplement en revenir à la simplicité du Code. Il ne reconnaît que des obligations pures et simples, par opposition aux obligations conditionnelles. Tout doit donc se réduire à ce point unique, et il faut se demander : tel contrat, telle disposition testamentaire contiennent-ils un droit purement et simplement acquis, ou bien un droit conditionnellement acquis?

12. Si dans les contrats on doit présumer le mode plutôt que la condition (1), il en est de même, *a fortiori*, dans l'interprétation des dispositions testamentaires. Elles s'interprètent volontiers dans le sens d'une libéralité parfaite; et toute charge imposée, en faveur d'un tiers, au légataire ou à l'héritier, est une libéralité au profit de ce tiers. Dans le doute, on présumera donc la clause plutôt modale que conditionnelle (2).

13. Les règles que nous venons de tracer serviront de

(1) Voy. *suprà*, n° 7.

(2) DUMOULIN, *Cout. de Paris*, § 20, glose 7, n°s 3 et 8. — FURGOLE, *Des testaments*, ch. 7, sect. 3, n° 41. — MERLIN, Rép., v° *Mode*. — TOULLIER, t. 6, n° 519. — TROPLONG, *Donat*, n° 354.

point de départ pour l'examen pratique de quelques formules usuelles qui peuvent également se référer à une condition, à un mode, à une démonstration, à un délai.

La particule *si*, caractérise la condition. Elle en est l'expression par excellence. Ses équivalents, *en cas que, supposé que, faute de*, ont le même sens et la même portée.

Les mots *afin que, pour que, à la charge de, à la condition de*, expriment également le mode et la condition. On devra donc apprécier la nature de l'acte, celle du fait apposé, les termes employés pour assortir la clause, et surtout l'intention des contractants ou du disposant.

Pourvu que, en tant que, tout autant que, peuvent se référer, suivant les circonstances, à une condition aussi bien qu'à un mode, ou à un simple délai qui ajourne l'exécution. Il en est de même des mots *après que*.

Quand, lorsque, littéralement n'expriment qu'un délai. Mais ils peuvent indiquer une condition, surtout dans les testaments, où l'on considère comme condition tout évènement incertain qui, dans l'intention du testateur, doit entraîner la caducité de la disposition, si l'héritier institué ou le légataire décède avant l'accomplissement de la condition (1040). Il faut donc examiner avec soin si ces expressions se rapportent à la substance même de l'obligation ou de la disposition, et non pas seulement à leur payement, à leur exécution.

Moyennant que, en faisant, en payant, gérondifs qui ont la même valeur, appliqués au futur, peuvent exprimer également un mode ou une condition.

Mais il est inutile d'insister sur des expressions dont le sens est variable au gré de mille circonstances, qu'il est plus facile d'entrevoir que d'expliquer par des exemples (1).

14. Les mots *qui, que, dont*, expriment un rapport, une relation de choses ou de personnes. Naturellement ils contien-

(1) On peut voir à cet égard Ricard, *Disp. condit.*, n° 18. — Furgole, *Testam.*, ch. 7, sect. 3. — Merlin, Rép., v° *Mode*. — Toullier, t. 6, n°s 515 et suiv. — Troplong, *Donat*, n°s 405 et suiv.

nent une désignation, une démonstration. Je vous lègue mon domaine de Lascroux, que j'ai acheté de Titius ; je lègue mille francs à Paul, qui a géré mes affaires, dont je suis le cousin. Il est faux que j'aie acheté de Titius le domaine de Lascroux, que Paul ait géré mes affaires, qu'il soit mon cousin. La fausseté des rapports de la démonstration n'empêche point le legs d'être valable ; *falsa demonstratio legatum non perimit* (1). Ces principes sont également applicables aux contrats.

Dans les dispositions testamentaires, la fausse cause ellemême, parce que Paul a géré mes affaires, n'empêche pas la validité du legs ou de l'institution (2). Mais voyez ce que nous disons de la fausse cause dans les conventions (3).

15. Si les mêmes pronoms relatifs expriment au futur, une qualité future de la personne ou de l'objet, alors ils peuvent contenir un mode ou une condition, parce que la démonstration se réfère au passé, la condition à l'avenir (4). Je lègue à Paul mille francs, dont cinq cents seront emloyés à mon tombeau; je lègue mille francs à Pierre, qui épousera telle personne, qui donnera tant à François ; c'est comme si j'avais dit, à la charge de m'élever un tombeau, s'il épouse, à la charge de donner. Comme la simple démonstration n'a d'autre objet que de mieux désigner la personne ou la chose dont on parle, comment en effet supposer que j'aie voulu l'indiquer par une qualité future, et par conséquent incertaine. Il faut donner un sens à l'expression et à la volonté du disposant; et ce ne peut être que le désir de subordonner sa disposition à la réalisation de cette qualité future, ou de la grever de l'accomplissement de ce fait dont elle est assortie ; c'est-à-dire une condition ou un mode.

Nous en disons autant quand il s'agit de contrats (5).

(1) L. 2, C. *De fals. caus. adj.* — L. 17 et 33, *ff. De cond. et dem.*
(2) L. 17 § 2, *ff. De cond. et dem.*
(3) 1131, nos 15 et suiv.
(4) L. 34, *ff. ibid.*
(5) Voy. Merlin, Rép., vo *Qui.* — Toullier, t. 6, no 621.

Cependant si la qualité future de la personne ou de la chose était, dans l'intention du disposant ou des contractants, en dehors de la disposition ou de l'obligation, et seulement dans leur prévision toute simple, il n'y aurait plus qu'une démonstration, sans influence aucune sur la validité et les effets de l'acte. Par exemple, je vends tel héritage à Paul, qui épousera ma sœur dans quinze jours; au moment de la vente leur mariage est en effet arrêté. Je vends ou lègue tel héritage, qui sera traversé par telle route; cette route est en effet projetée. Il n y a là rien de conditionnel. L'obligation et la disposition sont indépendantes de la réalisation du mariage, et de la confection de la route, que l'on a envisagées, à moins de circonstances toutes particulières, moins comme cause finale ou condition, que comme désignation plus complète de la personne ou de la chose.

16. Le plus souvent, les rapports de choses se réfèrent, non à leurs qualités extrinsèques, mais à leur existence présente ou future. Je vous vends le poulain qui naîtra de ma jument. c'est comme si je disais, s'il naît un poulain (1). Il y a plus qu'une simple démonstration, il y a une condition véritable.

Cette convention est aussi bien différente de la convention aléatoire, qui contiendrait vente du part de ma jument, aux risques et périls de l'acquéreur. Dans ce cas, ce serait une vente pure et simple d'une chose future, d'une espérance, *alcæ* (2).

Dans la vente du poulain qui naîtra de ma jument, la chose existera en entier, ou n'existera pas du tout. La condition accomplie ou inaccomplie parfait ou résout l'obligation tout entière. Mais lorsqu'il s'agit d'une obligation contractée d'abord pour une quotité déterminée, d'une chose future et susceptible d'une production plus ou moins grande, l'obligation se restreint à la quantité produite de la chose qui en fait l'ob-

(1) Voy. l. 1, § 3, *ff. De cond. et dem.*

(2) FAVRE, *Cod. lib.* 4, T. 42, *déf.* 26. — TROPLONG, *Vente*, n° 204.

jet; pour le surplus elle s'efface. Je vous vends cent hectolitres de blé; voilà la quotité de l'objet vendu; qui seront pris sur ma prochaine récolte dans tel domaine; voilà la chose future susceptible d'une production plus ou moins restreinte (1). Au lieu de cent hectolitres de blé, ma récolte n'en fournit que quatre-vingts. La vente est parfaite et exécutoire sur ces quatre-vingts hectolitres; pour le reste elle s'évanouit. Je ne pourrai offrir, ni l'acheteur exiger les vingt hectolitres manquants, sur la récolte d'un autre domaine. Je ne pourrai me dispenser de délivrer, ni l'acheteur de recevoir les quatre-vingts hectolitres produits. Le contrat est donc pur et simple jusqu'à concurrence de la quotité produite, conditionnel pour le surplus ; et cette condition résulte de la limitation de l'objet de la convention, qui ne peut se compléter par un emprunt fait ailleurs, ni se remplacer dans son individualité (2).

Nous disons que l'obligation est exigible et exécutoire jusqu'à concurrence de la quotité produite; en effet la détermination de cent hectolitres est plutôt un *maximum* fixé dans l'intérêt du vendeur, qu'un *minimum* fixé dans l'intérêt de l'acheteur; à moins cependant que la production ne fût si minime que l'acheteur n'eût point acheté dans cette prévision, ou que le contrat n'indiquât de la part du vendeur ou de l'acheteur l'intention de vendre ou d'acheter tout ou rien.

Ainsi de la vente de tant de tonneaux de vin, à prendre sur la prochaine vendange de telle vigne; de la vente de tant de quintaux de foin de la prochaine récolte de telle prairie; de la vente d'une certaine quantité de produits qui seront fabriqués dans telle manufacture. Ainsi, en général, de toutes les obligations dont l'objet déterminé d'abord dans son espèce et sa quotité est ensuite limité à la mesure de sa pro-

(1) Nous supposons, bien entendu, une espèce qui ne tombe point sous l'application de la loi du 6 messidor an III. Car s'il s'agissait d'une vente de tant d'hectolitres de blé, à prendre sur une récolte actuellement pendante par racines, ce contrat constituerait la vente prohibée de grains en vert et sur pied. — Cass., 8 fév. 1856. SIREY, 56, 1, 560.

(2) L. 39, § 1, *ff. De cont. empt.*

duction à venir, par la fixation d'une origine particulière.

Ces principes sont applicables alors que le travail de l'homme n'est pas le seul ou principal agent de la production de la chose qui fait l'objet de l'obligation, ou que le travail de l'homme a été dominé ou déjoué par des évènements fortuits et imprévus. Que la terre soit stérile, qu'elle soit dévastée par des accidents dont on n'a pu se défendre ; c'est là une force majeure de la prestation de laquelle nul n'est tenu ; et voilà le cas où notre condition virtuelle se réalise, et efface l'obligation en tout ou en partie.

Mais que le propriétaire, après avoir affecté sa future récolte au payement d'une obligation légalement contractée, néglige d'aider par son travail à la production de la terre, ou qu'il saccage, détruise, laisse périr par dol ou faute ses blés, ses foins, ses vignes ; qu'il laisse enfin chômer son usine, sa manufacture ; alors il devient responsable de l'inexécution de son obligation, jusqu'à concurrence de ce qu'il a dû faire et n'a pas fait pour l'acquitter. Nul n'est en effet assez maître de la condition de son obligation, pour qu'il puisse impunément en empêcher la réalisation ; et telle est même, dans ce genre d'obligations, la nature de la condition virtuellement apposée, que, à la différence des conditions ordinaires, l'obligé est tenu, sous peine de dommages et intérêts, non seulement de ne pas s'opposer, mais même d'aider à son accomplissement.

Ce que nous venons de dire des obligations, nous le disons des dispositions testamentaires contenant un legs de revenu, ou d'une certaine quotité de choses dont la production est éventuelle et l'origine déterminée. Toutes les pertes, tous les retranchements que souffre la chose léguée ne regardent que le légataire, et l'héritier n'est responsable de sa diminution que lorsqu'elle est arrivée par sa faute. Le legs se restreint donc par sa nature même à la somme de la production de son objet. *Inest conditio legati* ; une condition est inhérente à la disposition (1).

(1) L. 1, § 3, *ff. De cond. et dem.*

Mais si le testateur, au lieu de léguer une seule fois, par exemple, cent hectolitres de blé à prendre sur la récolte future de tel domaine, a légué la même quantité à prendre annuellement pendant un certain nombre d'années, pendant toute la vie du légataire, alors, dit Cujas (1), on doit compenser la stérilité d'une année avec l'abondance d'une autre, et l'héritier est tenu d'acquitter le legs en entier avec du blé de même qualité, parce qu'une récolte meilleure l'a déjà dédommagé, ou qu'on présume qu'une autre récolte sera assez riche pour le dédommager de la perte qu'il souffre pendant une année insuffisante (2). La même décision serait applicable au cas d'une donation. Si en effet l'intention du donateur ou du testateur est d'assurer une annuité fixe au donataire ou au légataire, mieux vaut encore pour eux de recevoir le complément du revenu annuel, n'importe son origine, que de ne pas le recevoir du tout.

Les lois romaines (3) semblent n'astreindre l'héritier à parfaire la chose léguée, que tout autant qu'il peut le faire en nature avec les récoltes précédentes, *ex superiore anno, cæterorum annorum*, sans doute parce qu'il y trouve des moyens de payement et des éléments d'indemnité. Mais pourquoi ne suffirait-il pas d'un dédommagement possible et présumable dans l'avenir? Et si le blé et le vin d'une récolte précédente ne sont pas plus que tout autre le blé et le vin de la récolte actuelle, pourquoi soumettre le payement complet du legs à la condition qu'il existe encore sur les récoltes passées de quoi le parfaire en nature, alors surtout que le débiteur est maître de l'exécution de son obligation, en l'étant d'une consommation toujours faite de bonne foi? Il peut d'ailleurs se décharger du payement des annuités, en abandonnant au créancier la jouissance de la vigne et de la terre qui doivent produire le vin ou le blé (4).

(1) L. 5, *ff. De trit. vino et oleo leg.*
(2) Voy. Furgole, *Des testam.*, ch. 5, sect. 4, n° 37.
(3) L. 13, *ff. De trit. vino et oleo.* — L. 17, § 1, *ff. De ann. leg.*
(4) Toullier, t. 6, n° 458.

Mais il en serait autrement dans les contrats à titre onéreux. Je me suis obligé à vous fournir annuellement cent quintaux de foin à prendre dans telle prairie, pendant dix ans. Je ne pourrai m'acquitter qu'avec le foin de l'origine particulière déterminée dans le contrat. Il vous importe de n'en pas recevoir, comme à moi de n'en point fournir d'une autre provenance. Il y a dans notre convention des obligations successives qui, tous les ans, subissent les chances de la production de ma prairie, indépendamment de l'annuité qui la précède ou la suit.

Alors même que les expressions du contrat ou du testament se réfèrent à l'existence future d'une chose, si cette chose est considérée dans l'obligation ou la disposition, non comme payement *in specie*, mais comme moyen de payement *in abstracto*, non comme individu, mais comme valeur, dans ce cas, l'obligation et la disposition ne sont plus taxées, limitées à la quantité produite. Elles subsistent dans leur intégrité, purement et simplement. Je vous lègue une rente de mille francs, à prendre sur les revenus de tel domaine; je vous délègue mille francs, à prendre sur le future récolte de ma vigne : que mon domaine ou ma vigne produisent moins de mille francs, n'importe; l'obligation et la disposition restent les mêmes, parce que le produit de mon domaine ou de ma vigne est indiqué comme un moyen de perception ou d'acquittement plus commode et plus sûr. Mais il n'en est pas moins vrai que l'indication que j'en ai faite fait partie du legs ou de la convention, qu'ainsi vous ne pouvez recourir contre mes autres biens qu'après épuisement de la chose que je vous ai signalée, *undè priùs et potiùs solveretur*.

Examinons maintenant le cas où une clause indique des rapports d'existence actuelle dans l'objet de l'obligation ou de la disposition.

Je vous lègue les mille francs que me doit Paul, qui sont dans ma cassette. Paul ne me doit rien, il n'y a rien dans ma cassette. Le legs s'évanouit, parce qu'il n'avait pour objet qu'une chose exclusivement restreinte et taxée, léguée comme

espèce, comme corps certain, *quasi certa species, corpus certum*. La disposition se limite à ce que doit Paul, à ce que contient ma cassette (1). Il en serait de même dans les contrats à titre gratuit.

Mais si j'avais dit, je vous lègue mille francs à prendre sur ce qui est dans ma cassette, sur ce que me doit Titius; cinquante hectolitres de blé sur celui qui est dans mon grenier; deux cents stères sur la coupe de tel bois, le legs ne serait point limité. Son objet ne serait plus pris *in specie*, mais comme somme ou quantité. La démonstration ne serait considérée que comme une indication, *undè potiùs solveretur*; à moins qu'une volonté contraire ne fût évidente, comme si j'avais dit, je vous lègue vingt mille francs sur la succession de Jean, dont je me crois héritier, tandis qu'un autre m'exclut.

Si la faveur des testaments fait interpréter les dispositions qu'ils contiennent, *pleniùs*, d'une manière plus large, il doit en être autrement dans les contrats à titre gratuit, où l'interprétation se fait en faveur du donateur. Ainsi, une donation faite dans les mêmes termes que le legs que nous venons d'indiquer serait certainement limitée à la consistance de l'objet assigné à son aquittement. C'est comme si le donateur avait dit, à prendre sur telle chose, et pas ailleurs (2).

Dans les contrats à titre onéreux, l'obligation contractée sur une chose dont l'existence est considérée comme actuelle, n'est soumise à aucune taxation ni limitation. Je vous vends cent hectolitres de blé à prendre sur ma récolte passée, cent milliers de merrain à prendre dans ma forêt; l'obligation existe indépendamment de la quantité de blé récolté, de bois exploitable. Je vous délègue douze mille francs à prendre sur ce que me doit Titius, sur la succession de Jean qui vient de m'échoir; je suis obligé, indépendamment de la quotité de ma créance, de ma qualité d'héritier, de la valeur de la succession. Il n'y a point en effet de restriction, de taxation apposée

(1) L. 108, § 10, *ff. De leg. et fideic.*, 1°. — L. 8, § 2, *ibid.*, 2°.

(2) TOULLIER, T. 6, n° 41.

à mon obligation; il y a une simple indication des moyens de payement, et je les ai signalés, sans me dispenser en tout ou en partie d'un payement parfait, et sans me soustraire aux conséquences d'un défaut d'exécution.

Nous sommes dans la théorie de l'assignat limitatif ou démonstratif, expressions dures nées dans la poussière de l'école, termes barbares, dit d'Aguesseau (1), qu'on ne peut presque employer sans préface ni répéter sans excuse. Cependant ils sont énergiques, et expriment avec précision la clause qui soumet l'obligation ou la disposition à la condition de l'existence de leur objet, ou les restreint à la mesure de sa quotité ou de sa valeur; ils expriment aussi cette autre clause qui ne fait qu'indiquer le mode de les acquitter, sans que jamais elles s'évanouissent ni se restreignent.

17. Comment distinguer l'assignat démonstratif de l'assignat limitatif? Il n'est pas de question qui ait exercé davantage la subtilité des interprètes (1).

La première règle a été celle-ci : si l'objet de l'obligation ou de la disposition est écrit le premier, c'est un assignat limitatif; s'il est écrit dans la phrase suivante, c'est un assignat démonstratif. Distinction bizarre, dit d'Aguesseau, plus digne d'un grammairien que d'un jurisconsulte.

Autre règle fondée par Barthole, adoptée par Dumoulin et le plus grand nombre des docteurs, indiquée par Loyseau, comme pouvant être d'un grand secours : Si l'objet est placé dans les termes énergiques de l'obligation ou de la disposition, il y a assignat limitatif; s'il est placé dans les termes de l'exécution, il y a assignat démonstratif. Règle reconnue encore par Loyseau lui-même comme insuffisante et imparfaite.

Quelle règle faut-il donc poser? Celle des jurisconsultes ro-

(1) T. 4, pag. 515.

(2) Voy. LOYSEAU, *Dist. des rentes*, liv. 1, ch. 8, nos 13 et suiv. — FURGOLE, *Testam.*, ch. 5, sect. 4. — MERLIN, Rep. vo *Legs*, sect. 2, § 2, et sect. 4, § 3. — D'AGUESSEAU, T. 4, pag. 515 et suiv. — RICARD, *Donat.*, P. 3, nos 331 et suiv. — TROPLONG, *Donat.*, nos 369 et suiv.

mains, de Loyseau, de d'Aguesseau, de MM. Merlin et Toullier, la seule raisonnable et sûre. *Verisimile est*, dit la loi 30, § 1, *ff. De cont. empt.*; *nisi voluntas adversatur*, dit la loi 13, *ff. De tritico, vino et oleo legat.* Les jurisconsultes romains s'en reposaient donc sur les principes généraux du droit relatifs à l'interprétation de la volonté du testateur ou des contractants. Ont-ils entendu disposer ou contracter *taxationis vice*, suivant l'expression de la loi 5, *ff. De tritico, vino et oleo legato?* La disposition ou l'obligation contiennent alors cette double condition, que leur objet existe et que sa valeur suffise à leur payement. Ont-ils entendu disposer ou contracter *demonstrationis vice?* La disposition ou l'obligation subsistent, indépendamment de l'existence et de la valeur de la chose indiquée comme moyen d'acquittement.

Barthole, Dumoulin, Furgole, MM. Merlin et Toullier pensent que, dans le doute, il faut décider que l'assignat est démonstratif plutôt que limitatif. N'est-ce pas encore une question dont la solution dépend des circonstances? Ne doit-on pas en effet consulter la nature de l'acte, si c'est un testament ou un contrat à titre gratuit ou onéreux; les rapports sous lesquels l'objet de l'acte est envisagé, s'il est considéré comme éventuel et futur, ou comme actuel et présent?

18. Souvent les termes de la disposition ou du contrat expriment une destination, un emploi à donner à leur objet. Par exemple, je vous lègue vingt mille francs pour acheter un fonds de commerce, un office de notaire; je vous donne dix mille francs pour vous marier, vous faire recevoir avocat; je vous vends tel héritage, pour y construire une fabrique, y bâtir une maison. Cette indication de destination et d'emploi peut, suivant les circonstances, constituer une condition suspensive ou résolutoire, ou ne pas en établir du tout.

Il y aura condition si le disposant ou les parties contractantes ont entendu que l'exécution ou la résolution de la disposition ou du contrat dépendît de l'accomplissement de la destination et de l'emploi indiqués. Si donc le legs de vingt mille

francs dépend, dans l'intention du testateur, de l'achat d'un fonds de commerce, d'un office de notaire; si la donation de dix mille francs dépend du mariage du donataire, etc..., il y a condition suspensive ou résolutoire, suivant que l'exécution ou la résolution en dépendent.

Ce n'est ici qu'une question d'interprétation. Aussi, arrivera-t-il souvent que l'indication d'une destination et d'un emploi n'ayant rien d'exclusif ni d'irritant, la disposition et le contrat seront purs et simples, et recevront leur exécution complète, en dehors de la destination, qui a été indiquée plutôt comme exemple peut-être préférable, que comme limitation et condition absolues.

Par exemple, je vous lègue trente mille francs pour vous marier ou pour marier votre fille; mon legs pourra fort bien être pur et simple et ne pas être assorti de la condition de votre mariage ou de celui de votre fille. J'ai pu faire le legs seulement dans l'intention de vous mettre mieux à même de vous marier, de marier votre fille, sans imposer du reste aucune condition de mariage.

Je vous vends tel héritage pour y bâtir une maison; il n'y a pas de condition, parce que cette destination réalisée ou non ne saurait m'intéresser que fort peu ou même pas du tout.

Nous poserons donc cette règle d'interprétation : si l'emploi mentionné n'intéresse que la personne à qui il est indiqué, il n'y a ni condition ni mode (1). Cette indication n'est qu'une énonciation sans valeur, un simple conseil, une cause simplement impulsive, une prévision ou une supposition d'intention dans la personne à qui elle s'adresse (2). Mais lorsque la destination indiquée se rattache à l'intérêt d'un tiers, à l'intérêt de celui qui l'indique, à quelque considération étrangère à celui à qui elle est imposée, alors il peut y avoir un mode,

(1) TOULLIER, T. 6, n° 508. — RICARD, *Disp. cond.*, n°s 43, 49, 91. — DURANTON, T. 9, n°s 333 et 334.

(2) L. 71, *ff. De cond. et dem.* — COCHIN, T. 4, pag. 49 et suiv.. — RICARD, *Disp. cond.*, n° 91. — TROPLONG, *Donat.*, n° 386.

une véritable obligation, ou bien une condition suspensive ou résolutoire. La cause est déterminante et finale.

Ainsi, je vous donne vingt mille francs pour réparer la maison de mon frère, pour épouser telle personne; il y a un mode dans le premier cas, une condition dans le second. L'emploi des vingt mille francs ne vous intéresse pas seul, et d'autres personnes ont également intérêt à la destination indiquée.

Au surplus, les juges ont à cet égard plein pouvoir d'interprétation. Ils n'ont qu'à en user avec prudence et sagacité.

19. Il n'est pas, comme on a pu le voir, de formules sacramentelles pour exprimer les conditions. Elles peuvent être enveloppées dans le contexte de l'acte, et se produire moins par ses termes que par sa nature et son essence. Pour les démêler et les découvrir, c'est toujours à l'interprétation qu'il faut s'adresser.

Les conditions résultent-elles directement des expressions de l'acte, elles sont appelées expresses, parce qu'elles ont une expression qui les révèle. Que si elles résultent, non des termes de l'acte, mais de l'objet défini du contrat ou de la disposition, de leur nature et de leur essence, alors on les appelle implicites, virtuelles. Le contrat ou le testament *in se habent conditionem.* Ainsi, la vente ou le legs du poulain qui naîtra de ma jument sont faits sous la condition, s'il naît un poulain; la donation faite en contrat de mariage, sous la condition, si le mariage s'ensuit (1088); la vente à l'essai est faite sous une condition suspensive (1588); la vente sous faculté de rachat est faite sous une condition résolutoire. Dans tous ces actes la condition est virtuelle, parce qu'elle résulte de l'objet et de la nature du contrat, qu'elle lui est inhérente et réside en lui-même. Autre chose est la condition tacite de l'article 1184, résultant de l'inexécution du contrat, ainsi que nous l'expliquerons dans le commentaire de cet article.

ARTICLE 1169.

La condition *casuelle* est celle qui dépend du hasard,

et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur.

ARTICLE 1170.

La condition *potestative* est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un évènement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher.

ARTICLE 1171.

La condition *mixte* est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers.

Sommaire.

1. Conditions casuelles, potestatives, mixtes,
2. Positives, négatives,
3. Alternatives, conjonctives.

COMMENTAIRE.

1. Les anciens docteurs avaient multiplié sans intérêt les divisions des conditions. Le Code se contente avec raison de n'en donner que la division principale, et de les considérer seulement sous le rapport des agents de leur réalisation.

Mais ce point de vue dépend d'un autre. La nature de la chose apposée comme condition donne en effet les moyens de son accomplissement. Que peut embrasser une condition? une chose qui se fera ou non, qui se donnera ou non, qui arrivera ou non, *ut quid fiat, ut quid detur, ut quid obtingat, vel retrò, ne fiat, ne detur, ne obtingat* (1). La loi romaine appelle cette division tripartite. Est-ce une chose à faire ou non, à donner ou non? voilà une prestation personnelle qui regarde le légataire ou les contractants, ou même un tiers, *aut ipsorum aut aliorum*. Est-ce une chose qui arrivera ou non? voilà une chose qui dépend d'un pouvoir surhumain, qui est *in eventu;* c'est-à-dire une éventualité.

(1) L. 60, *ff. De cond. et dem.*

En se posant à ce point de vue, on aperçoit d'abord la condition qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur. C'est la condition que le Code appelle casuelle (1169).

Plus loin, on voit celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un évènement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher. C'est la condition potestative (1170).

Entre les deux, on aperçoit une troisième condition qui, participant de leurs natures diverses, dépend tout à la fois de la volonté de l'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers. C'est la condition mixte (1171).

Par ces mots, volonté d'un tiers, le Code exprime toute volonté raisonnable ou aveugle, humaine, fatale ou divine, toute puissance enfin qui est hors du pouvoir des parties contractantes, et qui ne relève que d'elle-même.

Si je me marie; voilà une condition mixte, parce que ma volonté ne me suffit pas pour me marier. Il faut encore l'intervention humaine d'un tiers (1).

Si j'ai des enfants légitimes; voilà encore une condition mixte. Elle suppose même par deux fois le concours de ma volonté avec des volontés et des puissances étrangères, pour mon mariage d'abord, et ensuite pour ma paternité.

Si je vais à Paris, à Rome, avec ou sans fixation d'un délai; c'est une condition potestative. Je suis en effet maître de mon voyage. Au point de vue philosophique, ce serait encore une condition mixte, parce que ma volonté qui me détermine a besoin du secours de la fortune ou de la Providence qui me permette de la réaliser. Il n'y aurait ainsi de conditions réellement potestatives que celles où la volonté pure et simple serait sa condition à elle-même. Mais le législateur ne s'est point préoccupé de ces pensées métaphysiques; il a pris l'homme tel qu'il est pour tout le monde, comme agent libre et capable.

2. Considérées sous le rapport de leurs formules, les condi-

(1) TOULLIER, t. 5, n° 272.

tions sont positives ou négatives, c'est-à-dire qu'elles subordonnent l'obligation à la réalisation ou à la non réalisation d'un évènement, comme dans ce cas, si telle chose arrive, si telle chose n'arrive point.

3°. Elles sont encore conjonctives ou alternatives, lorsqu'elles comprennent la réalisation de plusieurs évènements simultanément prévus, si telle et telle choses ont lieu, ou seulement la réalisation de l'un ou de l'autre des évènements prévus, si telle ou telle chose a lieu. Cette distinction est assez peu importante en doctrine pour nous permettre de ne pas y insister. Nous y reviendrons en ce qui concerne l'accomplissement des conditions.

Article 1172.

Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend.

Article 1173.

La condition de ne pas faire une chose impossible ne rend pas nulle l'obligation contractée sous cette condition.

Sommaire.

1. Dans quel sens le Code emploie le mot impossible.
2. La condition d'une chose impossible annule la convention, à moins d'alternative.
3. En est-il de même quand l'impossibilité est relative ou temporaire? Distinction.
4. Le doute s'interprète en faveur de la validité du contrat.
5. La condition de ne pas faire l'impossible n'annule pas la convention.
6. La convention est valable, si la condition résolutoire est de faire l'impossible.
7. Les conditions ineptes et dérisoires sont assimilées aux conditions impossibles.
8. La condition de faire une chose illicite annule la convention, même en cas d'alternative.
9. Ainsi, de ne pas faire:

10. Dans certains cas, la loi elle-même appose la condition de ne pas faire une chose illicite.
11. La condition *si beneficium fiat*, annule-t-elle le contrat? Distinction.
12. Quand la probibition peut cesser, le contrat n'est pas nul.
13. Les conditions d'une chose illicite ou impossible sont réputées non écrites dans les donations et les testaments.
14. Origine et causes de cette différence.
15. Examen des raisons qu'on en donne.
16. La preuve d'une intention contraire rend cependant la disposition nulle.
17. Si la donation est déguisée sous la forme d'un contrat onéreux, la condition impossible ou illicite la rend nulle.
18. Le contrat serait aussi nul, déguisé sous la forme d'une donation.
19. Effets de la nullité.
20. Il n'est pas vrai que tout ce qui est probibé comme cause d'obligation, soit prohibé comme condition. Choses licites en elles-mêmes et qui ne sont prohibées que comme cause ou condition de contrats.
21. Exemples. Condition d'être ou non apostat,
22. D'embrasser ou non l'état ecclésiastique,
23. De résider ou non, d'aller ou non dans tel endroit,
24. D'exercer tel état, de n'en exercer aucun,
25. D'occuper telle fonction publique, de n'en occuper aucune,
26. D'user ou non de ses droits politiques,
27. De se marier,
28. De ne point se marier,
29. De ne point convoler,
30. De ne point convoler avec telle personne,
31. De se marier avec telle personne,
32. De ne point se marier avec telle personne,
33. De ne point se marier avant tel âge.
34. Pour apprécier la validité de la condition quand le fait n'est pas essentiellement illicite, il faut examiner les termes de l'acte;
35. Son caractère, gratuit ou onéreux;
36. Qui doit accomplir la condition.
37. Exemples empruntés aux probibitions civiles. Transition.
38. On ne peut gêner dans ses mains ou s'interdire le droit de provoquer un partage, hors des limites de l'article 815.
39. Mais le fait d'une indivision dépassant cinq années, peut être pris comme condition.
40. Si l'indivision exorbitante est prise comme mode, comme obligation, la convention s'exécute, comme contenant une promesse d'indivision, sous cette condition, *nisi displicurit*;
41. Ou bien, suivant les circonstances, l'obligation d'indivision se réduit à cinq années, terme légal.

42. Application de ces principes au cas de faculté de rachat.
43. On ne peut renoncer d'avance à la prescription ; mais la renonciation à une prescription peut être prise comme condition simple, pour le cas où elle sera acquise.
44. La condition est valable, pourvu qu'il ne s'agisse que d'un simple fait, et non de la formation d'un contrat probibé.
45. De la renonciation à une succession future.
46. Des charges et conditions imposées par des tiers ou par le testateur, de respecter des conventions ou dispositions nulles. Distinctions.
47. Conclusion.
48. Observation sur le pari.

COMMENTAIRE.

1. Le législateur abandonne le terrain des définitions pour entrer dans son véritable domaine. Il pose des règles, proclame des commandements, édicte des prohibitions, place enfin à côté de ses prescriptions la sanction des infractions commises.

Comme il permet tout ce qu'il ne défend point, il suffira de connaître ce qu'il défend, pour savoir aussi ce qu'il permet.

Ce qu'il défend, c'est toute condition d'une chose impossible, contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public, ou prohibée par loi. La convention qui en dépend est nulle (1172).

Qu'est-ce que c'est, dans les idées du Code, qu'une chose impossible, contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public? Le législateur ne nous en donne point de définition, ou plutôt d'énumération légale, et s'en est ainsi reposé sur la doctrine. C'est donc à elle d'expliquer d'abord ce que c'est qu'une chose impossible.

Dans le sens métaphysique, le terme impossible ne signifie pas seulement ce qui ne peut pas être, mais encore ce dont l'être ne se conçoit même pas. Concevoir une chose est pour le philosophe attester sa possibilité. Le possible pour lui ne s'arrête que là où la création de son intelligence se trouve en contradiction avec l'absolu. Un bâton sans deux bouts, une montagne sans vallée; voilà pour lui le type de l'impossible.

Le législateur a-t-il pris ce mot dans le même sens? Non ; il l'a employé dans le même sens que le vulgaire : l'impossible est ce qui ne peut pas être, ce qui ne peut pas se faire, suivant

la puissance ordinaire des agents naturels; *quod natura fieri non concedit* (1). Si la terre s'arrête, si la lune tombe sur notre globe, si l'eau remonte à sa source, si je touche le ciel du doigt, si vous ressuscitez un cadavre, si vous faites dix lieues à pied dans une heure, si vous soulevez de vos mains un poids de six mille kilogrammes; voilà des faits impossibles dans le sens où le Code a pris cette expression. Pour lui, l'impossible n'est pas l'impossible de conception, mais l'impossible d'expérience.

2. L'article 1172 déclare nulle la convention faite sous une condition semblable (2). Comment en effet comprendre une convention dont la perfection ne peut jamais se réaliser? Et ne doit-on pas regarder comme mort-né un contrat de la vie duquel on est forcé de désespérer pour toujours? Mais l'obligation serait valable si la condition de faire l'impossible avait été apposée alternativement avec celle de faire une chose possible et licite. La condition devient une, puisqu'il est d'ores et déjà certain que l'autre ne s'accomplira jamais; et le contrat produit les mêmes effets que si jamais on n'en avait stipulé d'autre. (1192).

3. Mais il y a des impossibilités relatives, des choses possibles pour telle personne, impossibles pour telle autre. Dites à un homme dont les yeux ont été arrachés ou les bras coupés de faire un tableau ou de jouer du violon; voilà des impossibilités relatives. Le Code déclare-t-il également nulle toute convention faite sous de pareilles conditions? Je le crois, parce que *natura fieri non concedit*; il y a une impossibilité naturelle et continue, un obstacle insurmontable qui doit toujours empêcher l'accomplissement du fait prévu.

Mais si l'impossibilité est relative et qu'elle puisse cesser par le secours de l'art, ou par quelque évènement prévu ou imprévu, mais possible lui-même, alors la convention est valable. Si Paul fait un livre, il est sans instruction aucune; s'il

(1) L. 35, *ff. De verb. oblig.*
(2) L. 31, *ff. De oblig. et act.*

entend, il est sourd ; s'il prononce une harangue, il est muet ; s'il fait un tableau, il n'a pas les premiers éléments de la peinture : la convention faite sous ces conditions sera valable, parce qu'il n'y a qu'une impossibilité relative et peut-être momentanée, qui tient, non pas à un défaut ou à une impuissance absolue, mais à une imperfection d'intelligence ou d'organes que l'art et la nature peuvent réparer. Du moins, si la convention est anéantie, ce ne sera que lorsque, vérification faite, il sera devenu certain que la condition ne peut être accomplie.

Cependant la convention serait nulle, si un délai avait été fixé pour l'accomplissement de la condition, et qu'il fût tel que ni l'art ni la nature n'eussent pas le temps de faire cesser l'impossibilité, quoiqu'elle fût relative et qu'elle pût disparaître dans un délai indéterminé. Si dans trois jours vous jouez un duo de Viotti, vous ne connaissez pas une note de musique ; si dans la huitaine vous allez à pied à Paris, vous venez de vous casser la jambe ; voilà des conditions qui annuleraient le contrat, parce qu'il est impossible que l'impossibilité du fait cesse dans le délai de trois ou de huit jours.

Le Code, en un mot, frappe également de nullité toute convention faite sous la condition d'une chose dont l'impossibilité absolue ou relative ne peut cesser, dans les termes du contrat, que par l'intervention d'un pouvoir surnaturel. Si nous admettons la nullité de la condition de faire une chose absolument ou relativement impossible, c'est que l'impossibilité relative, aussi bien que l'impossibilité absolue, répugne à l'essence de toute condition. Toute condition repose en effet essentiellement sur un évènement futur et incertain. Or, si l'on prend pour condition une chose dont la réalisation est impossible, dans les termes du contrat, la condition manque de son caractère essentiel, puisqu'il est d'ores et déjà certain qu'elle ne se réalisera pas. Voilà pourquoi nous faisons une distinction entre la chose, relativement impossible, prise pour condition, et la même chose prise pour objet d'un contrat. La condition est nulle, tandis que l'obligation ne l'est

pas; car l'impossibilité relative de son objet ne l'invalide point (1). Ainsi, je puis valablement m'obliger à faire une chose impossible relativement à moi, bien que je ne puisse efficacement contracter sous la condition de faire cette même chose.

Il ne faut pas, au surplus, exagérer l'impossible, alors surtout qu'il s'agit des prodigieux efforts de la science et de l'industrie qui, tous les jours, empiètent sur ce qu'on avait considéré jusque-là comme dépendant de son domaine.

4. Dans le doute, on présume la chose plutôt possible qu'impossible, dans l'intérêt de la validité du contrat (1157).

5. Le Code, après avoir déclaré nulle toute convention faite sous la condition de faire une chose impossible, déclare valable, au contraire, toute convention faite sous la condition de ne pas faire une chose impossible. Dans ce dernier cas, la convention est pure est simple, parce que le fait apposé comme condition manque de ses caractères essentiels, l'incertitude et l'avenir. Il est certain que l'impossible ne se réalisera pas.

6. Les articles 1172 et 1173 ne parlent que de la condition suspensive de faire ou de ne pas faire l'impossible; quels seront les effets de la condition résolutoire de faire ou de ne pas faire l'impossible? La condition résolutoire peut très bien se tourner en condition suspensive, et *vice versâ*, en changeant le fait positif dans l'une en fait négatif dans l'autre, et réciproquement. Je vous vends ma maison, et la vente sera résolue si vous faites un trou dans la lune; voilà une condition résolutoire qui peut se retourner en cette condition suspensive, je vous vends si vous ne faites pas un trou dans la lune. Lors donc que l'on fera dépendre la résolution de l'obligation de l'accomplissement de l'impossible, la convention sera pure et simple; car la résolution sera impossible, comme la condition dont elle dépend.

Mais elle sera nulle, si la résolution dépend du non accom-

(1) L. 137, § 5, *ff. De verb. oblig.*

plissement de l'impossible ; il est impossible en effet qu'elle ne se résolve pas, puisqu'il faut faire l'impossible pour empêcher sa résolution, qui doit ainsi infailliblement arriver.

7. Ce que nous disons des conditions d'une chose impossible, nous le disons des conditions d'une chose inepte et absurde. L'absurde est en effet un impossible moral. Si je bêche l'eau, si je laboure le sable, si je sème sur le roc; voilà des conditions ineptes et dérisoires qui annulent la convention. Si vous ne bêchez pas l'eau, si vous ne labourez pas le sable ; la convention qui contient une pareille condition n'est pas nulle, parce qu'elle est de ne pas faire ; et si elle est annulée, ce ne sera que pour cause de la démence de l'une des parties, dont l'acte lui-même établit une première présomption (1).

8. Après avoir parlé de l'impossibilité naturelle, nous arrivons à l'impossibilité morale et légale.

Toute condition d'une chose contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public, ou prohibée par la loi, rend également nulle la convention à laquelle elle a été apposée. Expression des besoins de la société, la loi ne pouvait regarder comme légitimes des contrats qui, par leur objet, exciteraient à porter atteinte aux bases mêmes de l'édifice social. Autrement, elle se serait livrée elle-même à la discrétion des individus, et anéantie tout entière dans le sacrifice volontaire des principes de morale, d'ordre et d'intérêt public, qu'elle est essentiellement destinée à maintenir.

Alors même que la condition de faire une chose illicite serait apposée alternativement avec une condition licite, nous ne croyons pas que l'obligation fût valable. Comme il suffirait de l'accomplisement de l'une ou de l'autre, l'ordre public est exposé aux mêmes périls, et tout aussi intéressé à la nullité de la convention, que s'il s'agissait d'une condition unique.

9. Mais il y a cette différence entre la condition d'une chose

(1) Voy. l. 14, *ff. De cond. inst.* — L. 113, § 5, *ff. De leg.*, 1°. — TOULLIER, T. 6, n° 490.

illicite et la condition d'une chose naturellement impossible, que la convention est toujours frappée de nullité, soit qu'il s'agisse de faire ou de ne pas faire (1). S'il était permis de stipuler par des conventions privées la non violation des règles qui garantissent les bonnes mœurs, l'ordre public, les plus précieux intérêts sociaux, ce serait chercher au-dessous de la loi et dans la force d'un contrat ce qu'une puissance supérieure a déjà consacré; comme si l'on pouvait détourner ainsi, avec raison et efficacité, de ce qu'on ne peut s'empêcher de ne point faire; comme si l'on pouvait convenir d'une abstention là où la loi proclame une impossibilité. Ce serait altérer le pouvoir et l'autorité de la loi, qui doit se suffire pour se protéger, puisqu'on mettrait en question si ses commandements ne tirent pas leur force plutôt de la sanction particulière du contrat, que de leur sanction générale et moins immédiatement sensible. Le législateur a voulu enfin épargner à la société le scandale de débats qui, étant soulevés en vue de vérifier l'accomplissement de la condition, aboutiraient toujours à des enquêtes sur les actes de toute une vie privée, à des accusations qu'aucune prescription ne pourrait repousser, et souvent à des calomnies qui s'autoriseraient du droit sacré de la défense.

Je ne puis donc apposer ces conditions à un contrat; si vous êtes ou n'êtes point adultère; si vous volez ou ne volez point; si vous abdiquez ou n'abdiquez pas l'autorité paternelle; si vous exercez ou n'exercez pas contre votre père la contrainte par corps; si vous restez ou ne restez pas en tutelle après votre majorité, vous, ou moi, ou un tiers étranger. Je ne puis, en un mot, vous inviter ou obliger à ne point enfreindre pas plus qu'à enfreindre les principes de morale, d'ordre et d'intérêt publics. Stipuler qu'ils ne seront point violés, c'est les violer déjà.

Et l'on conçoit que ces raisons s'appliquent également au fait du promettant; par exemple, lorsque ce dernier se soumet

(1) L. 7, § 3, *ff. De pactis.* — POTHIER, *Oblig.*, n° 204.

à payer une somme de... s'il commet telle chose illicite. En vain, pour valider une pareille convention, prétendrait-on qu'elle favorise même le bon ordre en intéressant à son maintien. Je réponds que la loi n'a pas voulu le scandale de débats possibles pour la vérification de l'accomplissement de la condition, et puis qu'après tout cette obligation du promettant peut se retourner en cette autre obligation du stipulant ; je vous donne quittance de la somme convenue, si vous ne faites pas, c'est-à-dire, pour que vous ne fassiez pas telle chose illicite (1).

10. Il est certains cas cependant où la loi elle-même sous-entend la condition résolutoire, s'il est commis un méfait, *maleficium*; par exemple, quand elle prononce la résolution d'une donation, si le donataire est ingrat (955), si l'époux donataire a succombé dans une demande en divorce dirigée contre lui (299). Elle aurait été immorale en assurant le triomphe et l'impunité de l'ingratitude ou de l'infamie. Aussi, je ne doute pas qu'un époux, pour trancher une controverse fameuse, ne puisse donner à son conjoint sous cette condition résolutoire, s'il obtient contre le donataire la séparation de corps; ce qui revient à dire, si le donataire se rend coupable d'adultère, de sévices, d'injures graves, s'il est condamné à une peine infamante.

11. Si la condition, *ne maleficium fiat*, est nulle et entraîne avec elle la nullité de la convention, la condition contraire, *si beneficium fiat*, est-elle également frappée de nullité? Il faut faire une distinction. Si la condition est conçue en termes généraux, si elle se réduit seulement en une condition vague et indéterminée de conduite bonne, honnête, conforme aux règles de la morale et de la loi, elle sera nulle. Comment en effet en vérifier l'accomplissement sans le scandale de débats diffamatoires, dans lesquels sont agités l'honneur, la considé-

(1) L. 19, *ff. De verb. oblig.* — L. 2, C. *De inut. stip.* — Voy. cep. l. 121, § 1, *ff. De verb. oblig.*

ration d'une personne, et qui par cela même blessent la moralité publique (1)?

En voici un exemple que cite Cicéron (2), comme l'ayant tout enfant entendu raconter par son père : Fimbria, personnage consulaire, avait été désigné juge pour prononcer dans une contestation concernant Luctatius Pinthia, chevalier romain d'une honnêteté reconnue, qui avait contracté un engagement sous cette clause, *ni bonus vir esset*, s'il n'était pas homme de bien. Fimbria répondit que jamais il ne jugerait cette affaire, parce qu'elle le plaçait dans l'alternative, ou de dépouiller de sa réputation un homme considéré, en se prononçant contre lui; ou de lui décerner, par une décision favorable, le titre d'homme de bien, qui suppose le concours de tant de qualités.

L'abstention du juge n'était pas seulement un procédé plein de délicatesse; elle était un acte qui se justifiait au fond par les règles strictes du droit. Ainsi devrait-on, suivant nous, décider sous notre Code. Le seul cas peut-être où une semblable condition pourrait être considérée comme licite, est celui où un tiers aurait été spécialement désigné pour prononcer sur la question d'une manière souveraine; par exemple, lorsqu'un legs ou une donation sont faits sous cette condition : si la personne gratifiée en est jugée digne pour sa bonne conduite par tel qui en décidera. Ce tiers pris pour souverain arbitre, étant appelé à prononcer seul, sans débats, en son âme et conscience, la vérification de la condition apposée cesse de présenter les inconvénients et les dangers que nous signalions tout à l'heure (3).

Mais si la condition prévoit dans ses termes un fait spécial, le contrat sera valable ; c'est qu'elle n'est plus une condition d'abstention du mal en général, mais de la consommation d'une bonne action particulière et déterminée, dont la vérifica-

(1) Voy. cep. TROPLONG, *Donat.*, n° 254. — Pau, 1er février 1823. DALLOZ, 24, 2, 66.

(2) *De officiis*, liv. 3, n° 19.

(3) TROPLONG, *Donat.*, n° 278.

tion ne saurait être scandaleuse ni difficile. Les lois humaines sont ainsi faites, qu'elles invitent moins au bien qu'elles ne détournent du mal; tel est le vice de leur sanction. Pourquoi dès lors défendre à une sanction privée d'intéresser l'humanité dans le devoir, alors surtout que la profondeur du vice est moins effrayante peut-être que la légèreté de la vertu? Quelles seraient cette morale et cette loi, si jalouses de leur autorité qu'elles ne souffriraient point qu'on en suppléât l'insuffisance? Pourquoi envier à l'intérêt ce qu'il peut produire de bon et d'honnête? L'utilité des résultats passe souvent en effet, aux yeux de nos lois, avant la pureté de leur origine; et c'est cette pensée qui a institué des prix pour la vertu, le courage, la science, pour tout ce qui épure, agrandit, ennoblit l'humanité.

12. Il y a des choses illicites dont la prohibition peut cesser; prises comme conditions, rendent-elles la convention nulle? La loi 35, § 1, *ff. De verb. oblig.*, se prononce pour la nullité, *quia statim contra mores sit.* Cette décision est trop générale. Sans doute, le contrat sera nul lorsque les parties auront contracté sans se préoccuper de la cessation de la prohibition d'une manière absolue, comme si la chose était actuellement permise et devait être immédiatement accomplie. Mais si elles ont entendu prévoir le cas où la chose deviendrait licite, non par une innovation de la loi, mais par une dispense contenue dans la loi même, à côté de la prohibition; par exemple, si vous vous mariez avec votre nièce, avec votre belle-sœur, avant l'âge de quinze ou dix-huit ans; cette condition n'aura rien d'irritant, parce qu'elle en contient une autre, si les dispenses sont accordées. Qu'y a-t-il en effet d'illicite dans une semblable condition, qui s'en réfère complètement à loi et à son exécution (1)?

(1) Voy. Chabot, *Quest. trans.*, t. 1, pag. 112, v[is] *Conditions concernant les mariages.* — Toullier, t. 5, n° 252, et t. 6, n° 484. — Duranton, t. 8, n° 125. — Ricard, *Disp. cond.*, n° 262. — Zachariæ, t. 5, pag. 236, n[te] 13. — Delvincourt, t. 2, pag. 689. — Troplong, *Donat.* n° 247. — *Contrà*, Furgole, ch. 7 sect. 2, n[os] 74 et suiv.

Nous en disons autant de la condition de changer son nom de famille contre un autre, ou de le modifier par une addition. On doit présumer que les parties ont entendu subordonner leur convention à l'approbation du prince, dont l'autorité ne reçoit aucune atteinte (1).

13. Les conditions impossibles, contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs ne produisent pas les mêmes effets dans tous les actes où elles sont apposées. Si elles rendent nulles les conventions, elles sont, au contraire, dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, réputées non écrites, et l'acte vaut comme pur et simple (900).

14. Cette distinction entre les effets des conditions impossibles et illicites, tire son origine du droit romain. *Obtinuit impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas.* Il a prévalu que les conditions impossibles écrites dans un testament, devaient être considérées comme nulles (2); et la loi 14, *ff. De cond. inst.*, répute également non écrites les conditions dérisoires ou contraires aux édits, aux lois ou aux bonnes mœurs, parce qu'il y a également une impossibilité dans les conditions qui blessent le sentiment du devoir, *pietatem*, de l'honneur, *existimationem*, de la pudeur publique, *verecundiam*, et pour tout dire en un mot, les bonnes mœurs, *bonos mores* (3).

Mais la loi romaine n'appliquait cette distinction qu'aux testaments et non aux donations, pas même aux donations à cause de mort, qu'elle rangeait dans la classe des contrats (4).

Elle passa non seulement dans la France de droit écrit, mais encore dans la France coutumière. Partout on dit que les conditions de choses impossibles et illicites étaient réputées non écrites dans les testaments.

(1) Voy. loi du 11 germ. an XI.—TROPLONG, *Donat.*, n° 256.—Cass., 13 janv. 1813.— SIREY, 13, 1, 97.— 4 juill. 1836. DALLOZ, 36, 1, 302.

(2) L. 3, *ff. De cond. et dem.*—L. 1, *ff. De cond. inst.*—Instit., *De hæred. inst.*, § 10.

(3) L. 15, *ff. De cond. inst.*

(4) Voy. FURGOLE, ch. 7, sect. 2, n° 21 et suiv.

La loi des 5-11 septembre 1791 réputa à son tour non écrite toute clause « impérative ou prohibitive, qui serait contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, qui porterait atteinte à la liberté religieuse du donataire, héritier ou légataire, qui gênerait la liberté qu'il a, soit de se marier avec telle personne, soit d'embrasser tel état, emploi ou profession, ou qui tendrait à le détourner de remplir les devoirs imposés, et d'exercer les fonctions déférées par la constitution aux citoyens actifs et éligibles. »

Cette loi, évidemment de circonstance et aujourd'hui abrogée (1), assimilait ainsi les donations aux testaments. Elle dépassait, dans un but politique, les limites du droit romain.

Le Code Napoléon a conservé cette assimilation des dispositions entre vifs avec les dispositions testamentaires. En portant d'un côté que toute condition d'une chose illicite ou impossible est nulle et annule la convention, et, d'un autre côté, en la réputant non écrite dans une donation, qui est aussi un contrat, il a introduit, non pas une antinomie, mais une exception à la règle générale de l'article 1172.

15. Plusieurs jurisconsultes et publicistes anciens et modernes se sont élevés contre la maxime du droit romain (2). La plupart l'ont acceptée et défendue comme une tradition sainte (3). Avec un peu plus d'indépendance vis-à-vis de la loi, et autant de religion pour le passé, d'autres ont trouvé mauvaise l'innovation du Code, qui assimile les donations aux testaments. Ils regrettent qu'il ne s'en soit point tenu à l'antique règle (4). Les uns veulent enfin l'abrogation, les autres seulement la réformation de l'article 900.

(1) Voy. MERLIN, Rép., v° *Condition*, sect. 2. — CHABOT, *Quest. trans.*, v^is^ *Conditions concernant les mariages*.

(2) Voy. GROTIUS, VINNIUS, HEINECCIUS. — TOULLIER, T. 5, n°s 244 et suiv. — DUCAURROY, *Instit.*, T. 2, n° 602.

(3) Voy. RICARD, *Disp. cond.*, n°s 223 et suiv. — DOMAT, *Lois civiles*, liv. 3, tit. 1, sect. 8, n° 18. — POTHIER, *Oblig.*, n° 204.

(4) Voy. DURANTON, T. 8, n°s 104 et suiv. — DELVINCOURT, T. 2, pag. 399. — MALEVILLE, sur l'art. 900. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 233, n^te^ 4.

Demandons à la loi raison de ses dispositions. Le droit romain ne s'est pas donné la peine de se justifier ; *obtinuit*, l'opinion a prévalu, ce qui suppose déjà une controverse. Mais si c'était là une raison, elle serait plus solide que jamais, aujourd'hui que tant de siècles sont venus un à un l'entourer de leurs respectueuses et tacites adhésions.

Mais les docteurs ont pris soin de faire l'exposé des motifs de la loi. Lorsqu'un testateur appose à ses dernières volontés une condition impossible ou illicite, il offense seul la raison, la loi, les bonnes mœurs. Le légataire et l'héritier ne participent point à cette faute. Pourquoi les punir par la nullité d'une disposition qui leur est favorable? Dans un contrat, au contraire, il y a complicité dans la stipulation de la condition ; il y a égalité de torts. Rien n'empêche et tout commande la nullité de la convention offensante pour les lois.

Nous ne voudrions pas d'autres raisons pour annuler les donations, qui sont aussi des contrats. Mais sont-elles capables de faire maintenir un testament? Cet acte, le plus important de tous aux yeux du législateur et du publiciste ; cet acte, qui doit remplir à la fois des conditions de légalité et de moralité, sera valable, quelque offensant qu'il puisse être pour la raison et la loi! Il tirera sa validité, non de son origine et de sa création, dont on est forcé de reconnaître l'impureté, mais de la bonne foi, de l'innocence du légataire ou de l'héritier! Et depuis quand ce mode extraordinaire de transmission de la propriété se règle-t-il dans ses effets sur la bonne foi des tiers? N'est-il pas plus vrai, au contraire, qu'il doit se soutenir de lui-même, trouver en lui sa vertu et sa force, sans les emprunter à des circonstances extérieures qui ne peuvent ni le compléter ni le purifier?

L'article 900 n'est pas seulement vicieux, en tolérant l'expression de l'immoral et de l'absurde ; il est encore dangereux, en maintenant cette expression d'actions mauvaises, sinon comme condition du bienfait, du moins comme vœu du bienfaiteur. Et n'est-ce pas assez bien souvent de ce vœu pour porter un homme à des passions, à des excès de haine et de

vengeance, dont il se fait, par un faux point d'honneur, une sorte d'obligation et de devoir?

On a dit encore, et je prends les paroles de M. Bigot-Préameneu, qui ne parle que des dispositions testamentaires, et non des dispositions entre vifs : « La clause par laquelle le testateur dispose, est aux yeux de la loi sa principale volonté..., la condition n'est alors considérée que comme une simple errenr. »

J'impose à mon héritier la condition de tuer son père, de boire toute l'eau de la mer; j'aurai commis une simple erreur!... J'aurai suffisamment manifesté mon intention de préférer le légataire à mes héritiers naturels (1)!... Mais ma disposition ne peut être qu'un acte de démence, qui annule mon testament tout entier, ou un acte de dérision qui prouve assez clairement que je n'ai pas eu l'intention de donner, en imposant une condition que je savais illicite et impossible. Y a-t-il cette certitude de volonté qui est le caractère essentiel du testament, comme de la loi, car il est aussi une loi?

Je comprends que sous les principes du droit romain, qui faisait une si large part à la volonté du défunt et à son interprétation; que sons l'empire de mœurs qui attachaient une sorte de déshonneur à mourir sans héritier, et regardaient le testameut comme un acte de religion pour les dieux lares et d'immortalité pour soi-même; je comprends qu'on ait effacé des conditions semblables, par faveur pour les dispositions testamentaires. Mais sont-ce là nos lois et nos mœurs? Le testament est-il à nos yeux cet acte si pieux, si favorable? A voir, au contraire, les formalités que la loi exige pour sa validité, il semble que le testament soit à ses yeux, sinon une mauvaise chose, du moins un acte exceptionnel de la vie civile. Or la donation ne se présente pas avec des caractères plus favorables. Ne sent-on pas enfin que plus on fait des actes de libéralité des actes respectables, comme expression solennelle de la volonté du donateur ou du testateur, moins il faut, dans leur

(1) L. 37, *ff. De cond. et dem.*

interprétation, hasarder les présomptions de la loi, et scinder arbitrairement la manifestation indivisible de la pensée qui y a présidé?

Voilà où nous paraît aboutir l'inflexible rigueur des principes. Mais les choses humaines, même en législation positive, ne se traitent pas toujours aussi rigoureusement. Le législateur a donc cru pouvoir se départir en cette matière d'une sévérité aussi absolue; et comme, après tout c'est l'esprit de libéralité qui est prédominant, il a pensé que ce qu'il y avait de mieux et de plus sage à faire, c'était d'assurer l'exécution de l'acte, sans faire attention à la condition apposée. Tel est le prétexte ou l'excuse, pour ne pas dire la justification de l'article 900 (1).

16. En réduisant la question, d'après les motifs de la loi même, à une simple question d'interprétation de volonté, notre ancien droit admettait du moins un correctif à la rigueur de la maxime, et à la violence de ses présomptions. Il ne donnait à l'interprétation (mais il le lui donnait), que ce qu'il ne pouvait lui refuser. S'il apparaissait clairement que l'intention du testateur avait été de rendre son legs inutile par le non accomplissement de la condition, la disposition devait alors demeurer sans effet « non pas, dit Ricard (2), en vertu de cette condition, qui, comme nous l'avons dit, ne peut produire de soi aucun effet, mais par la force de la volonté expresse, ou du moins présumée du testateur par de puissantes conjectures, autres que celles qui naissent de la nature de la condition.

Ce tempérament, nous l'admettons volontiers sous l'empire du Code. La lettre de l'article 900 ne nous paraît pas tellement absolue qu'elle défende de l'introduire. Comment! il n'y aurait pas de volonté de testateur qui pût tenir!... La condition impossible ou illicite serait réputée non écrite, quelque soin qu'il eût pris d'ailleurs de faire entendre qu'il voulait que l'ef-

(1) Voy. TROPLONG, *Donat.*, nos 212 et suiv.
(2) *Disp. cond.*, no 226.

fet de sa disposition en dépendît! Mais alors il ne reste plus aucune raison pour dénaturer une volonté non équivoque; il ne reste plus surtout ce séduisant prétexte de mieux en assurer l'exécution, puisque le testateur a formellement déclaré que son intention était indivisible, et que la condition par lui imposée était absolue, *sine quâ non*. Nous en disons autant et même *a fortiori* des contrats de donation. L'esprit de libéralité ne peut plus en effet suffire comme cause, dès que l'intention manifeste des parties proteste contre l'unité et la suffisance de cette cause.

17. Une donation est souvent déguisée sous la forme d'un contrat onéreux; devra-t-on également réputer non écrites les conditions impossibles et illicites apposées à cette donation déguisée? L'on pourrait dire que c'est l'essence des actes qui doit déterminer leur véritable caractère, et que la faveur de l'article 900 est attachée, non pas à la forme, mais au fond du contrat, où l'on retrouve toujours l'intention de conférer un bienfait. Cependant la forme même du contrat que les parties ont choisie, témoigne assez de leur intention d'attacher à la condition apposée par elles les mêmes effets que si au fond leur convention était intéressée et à titre onéreux. L'article 900, comme dans le cas ci-dessus, s'efface donc devant l'évidence d'une intention contraire; et la donation déguisée sous les apparences d'un contrat de vente, de prêt, etc..., sera frappée de nullité, comme si au fond il s'agissait réellement d'une vente ou d'un prêt (1).

Tel est le sort général des contrats qui sentent plus ou moins le titre gratuit, comme le prêt, le commodat, la remise de dette. L'article 900 ne s'applique en effet qu'aux donations expresses. Il pose une exception qu'il faut restreindre, et ne pas étendre aux conventions qui reçoivent une autre qualification légale, et ne sont point d'ailleurs essentiellement à titre gratuit.

(1) DURANTON, t. 8, n° 108.

18. On devrait aussi annuler les contrats qui, sous les apparences d'une donation, seraient de véritables contrats à titre onéreux, où la condition serait l'unique cause du bienfait apparent. Dans ce cas, en effet, la forme ne peut étouffer le fond, ni faire supposer que les parties aient voulu ou pu renoncer à une nullité que la loi elle-même attache à la substance de l'acte (1).

19. Au surplus, lorsqu'un contrat est annulé parce que la condition qui y est stipulée est contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public, ou prohibée par la loi, la nullité se règle, dans sa poursuite et dans ses effets, absolument comme s'il s'agissait d'une cause contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou prohibée par la loi. Il nous suffit donc de renvoyer sur ce point au commentaire de l'article 1133.

20. On dit que ce qui ne peut être pris pour cause d'une obligation, ne peut être pris non plus pour condition. Nous croyons que ce principe est trop absolu, et qu'il convient de le renfermer dans de certaines limites que nous allons essayer de tracer.

Nous ferons d'abord une distinction. Telle chose est illicite en elle-même; telle autre chose ne l'est qu'à raison de circonstances extrinsèques qui lui donnent le caractère d'attentat aux bonnes mœurs, à l'ordre et à l'intérêt publics.

La violation de ses devoirs de bienveillance et de charité envers ses semblables, de religion envers Dieu, de reconnaissance envers son bienfaiteur, est par elle-même une chose essentiellement contraire aux bonnes mœurs. L'abdication de sa liberté, de ses droits comme père, enfant, époux, est encore une chose contraire en elle-même à l'ordre public. Sont enfin contraires aux prohibitions de la loi, tous les faits classés par notre législation au rang des crimes, des délits, des contraventions, ou réprouvés comme cause des contrats. Voilà la première partie de notre division. En insistant davantage sur la seconde, nous la ferons mieux comprendre.

(1) Duranton, *ibid.* — Zachariæ, t. 5, pag. 233.

21. Nous disons que bien des choses sont licites par elles-mêmes, qui cependant deviennent illicites, en se faisant la cause ou la condition d'un contrat. Par exemple, l'apostasie en elle-même n'a rien de contraire aux bonnes mœurs, lorsqu'elle est le résultat d'une conviction profonde et désintéressée. Mais que je stipule, si vous êtes apostat, si vous gardez la religion à laquelle vous venez d'être converti, ou dans laquelle vous êtes né ; voilà une condition d'être ou de ne pas être apostat, également contraire aux bonnes mœurs. Car elle tend à gêner la liberté de conscience religieuse (1).

22. Si vous embrassez l'état ecclésiastique : voilà encore une condition contraire aux bonnes mœurs, bien que le fait d'embrasser l'état ecclésiastique soit tout à fait licite. Mais le sacerdoce est une fonction sainte, qui doit demeurer pure de tout soupçon de cupidité, et à laquelle on doit être appelé, au moins dans l'apparence, par les sentiments seuls d'une vocation religieuse, et sans aucun alliage d'intérêt humain (2).

La validité ou la nullité d'une semblable condition semble néanmoins devoir dépendre le plus souvent des circonstances, des temps et des opinions actuellement régnantes. Il suffit que ce soit une question de bonnes mœurs, pour qu'elle varie ainsi suivant les lieux et les temps (3).

Nous observerons encore que la condition peut être déclarée n'avoir rien de contraire aux bonnes mœurs ni à l'ordre public ; par exemple, dans le cas où le donataire ou légataire se destinant à l'état ecclésiastique, la donation ou le legs n'a eu lieu que pour lui fournir un titre clérical, ou le mettre à même de continuer ses études. L'inexécution de la condition

(1) COIN-DELILLE, *Donat.*, art. 900, n° 40. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 234. — DURANTON, T. 8, n° 140. — Colmar, 9 mars 1827. DALLOZ, 28, 2, 32. — *Contrà*, TROPLONG, *Donat.*, n° 255.

(2) DURANTON, T. 8, n° 137. — RICARD, *Disp. cond.*, n° 264. — Grenoble, 11 août 1847. SIREY, 48, 2, 714. — *Contrà*, FURGOLE, ch. 7, sect. 2, n° 88. — Voy. encore TROPLONG, *Donat.*, n° 242.

(3) Voy. TOULLIER, T. 5, n° 265. — MERLIN, Rép., v° *Condition*, sect. 2, § 5. — TROPLONG, *Donat.*, n° 241.

peut alors, suivant les circonstances, entraîner la révocation de la libéralité (1).

Si vous n'embrassez pas l'état ecclésiastique : cette condition n'a rien de contraire aux bonnes mœurs ni à l'ordre public. La conscience n'est point gênée ; et s'il s'en trouvait une qui le fût, quelle serait sa vocation, puisque l'intérêt la fait fléchir (2)?

23. L'homme a d'abord le pouvoir et le droit de locomotion. Le mouvement est le premier acte comme le premier attribut de la liberté naturelle. Qu'importe cependant à l'ordre public que j'aille là ou ailleurs, que je sorte ou ne sorte point de tel lieu? En quoi l'ordre social est-il troublé par l'exercice ou le non exercice d'une telle faculté? Mais ce qui fait la légitimité de son usage, c'en est précisément la spontanéité. Et tel acte indifférent quand il est spontané et volontaire, cesse de l'être quand il est le résultat d'une convention ou d'une condition qui contraint ou invite à l'obéissance, par la force d'une prétendue obligation ou l'appât d'un intérêt.

Que j'impose donc cette condition : si vous ne quittez pas telle ville, tel endroit ; aussitôt l'ordre public s'en émeut, et revendique pour vous les droits essentiels à votre être, qui ne vous appartient pas assez pour que vous ayez sur lui-même un droit absolu d'aliénation.

Il est des cas cependant où le législateur déclare cette condition licite et valable ; et c'est toujours l'intérêt public qui le guide. S'il l'annule quand elle le blesse, il la maintient quand elle le sert. Combien de fonctions déférées sous la condition de résidence! Et quelle rigueur dans son accomplissement!

Ce que fait l'utilité publique, l'intérêt privé peut le faire aussi. J'afferme ma propriété, la vie durant du preneur, et à la charge par lui d'habiter sur les lieux et de cultiver lui-même ; une donation est faite par contrat de mariage, à la condition, souvent stipulée dans nos campagnes, que les futurs époux se

(1) Grenoble, 22 déc. 1825. Sirey, 26, 2, 276.

(2) *Conf.*, Ricard, Furgole.

retireront en la compagnie du donateur; une donation ou un legs est fait à un domestique, à la condition qu'il habitera toute sa vie avec le donateur ou même avec ses héritiers; voilà des conditions de résidence dans tel lieu déterminé, et cependant elles sont valables. Ce qui les valide, c'est la légitimité de l'intérêt particulier qui en sollicite l'accomplissement.

Poser la question dans ces termes : toute condition contraire à la liberté naturelle est nulle, comme contraire à l'ordre public; c'est fort mal poser la question. A ce compte, en effet, il n'y aurait pas une seule obligation de faire qui fût valable; car elle gênerait toujours cette liberté naturelle, dont le sacrifice est néanmoins permis pour une cause et pour un objet légitimes. Les contrats ont-ils un autre but que ce sacrifice, volontaire d'abord et obligatoire ensuite?

Si vous allez ou n'allez pas à Paris : une pareille condition est tout à fait licite, parfaitement inoffensive à l'ordre public. A l'unanimité, elle est regardée comme valable. Il vous reste encore un assez vaste champ de liberté pour n'avoir rien perdu de vos droits essentiels (1).

Il doit en être sans doute de l'exagération de mouvement, comme de l'exagération d'immobilité. Si vous voyagez toujours, si vous ne demeurez pas plus de trois mois dans aucun endroit : de pareilles conditions seraient illicites.

24. Ce que nous avons dit de la faculté de locomotion, nous le disons de la liberté des professions, des métiers. L'exercice en est indifférent et licite. La condition d'embrasser tel ou tel état ne présente donc en elle-même rien de contraire aux lois ni aux bonnes mœurs, alors surtout que l'état désigné est en rapport avec la position sociale de la personne. Elle ne doit périr que par son exagération. Ainsi, la condition de n'embrasser aucune profession, de n'exercer aucun art mécanique, aucun métier, serait illicite et contraire à l'ordre public. Elle

(1) L. 71, § 2, et 73, *ff. De cond. et dem.*—RICARD, *Disp. cond.*, n° 286. — FURGOLE, ch. 7, sect. 2, n° 105. — DURANTON, T. 8, n°s 132, 133. —TOULLIER, T. 5, n° 263. — TROPLONG, *Donat.*, n°s 252 et suiv.

tend en effet à détruire des facultés essentielles à l'homme (1).

25. Quant à la condition d'occuper ou de ne point occuper telle fonction publique, elle doit être appréciée avec plus de rigueur. En thèse générale, elle ne présente rien d'illicite. Elle n'est pas contraire à l'ordre social, comme celle de n'exercer aucune profession. Cependant, si elle n'avait d'autre intérêt que de détourner la personne de ses devoirs de citoyen, de provoquer une abstention ou une démission de fonctions que l'on espère pour soi-même ou pour un tiers, alors elle présenterait les caractères d'une excitation à l'oubli de ses devoirs, ou d'une ambitieuse spéculation, ou d'une scandaleuse simonie. Elle serait nulle, comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs (2).

26. Si vous êtes ou n'êtes pas élu député, représentant, conseiller municipal; cette condition en elle-même n'a rien d'illicite. Elle ne serait nulle qu'à raison de l'illégitimité ou de l'immoralité du but qu'on se serait proposé en la stipulant. Mais cette condition, si vous exercez ou n'exercez point vos droits électoraux constituerait une atteinte à l'ordre public, en mettant en suspicion ou en interdit la sincérité inaltérable ou la liberté inaliénable des votes. Une condition semblable ne peut jamais se placer sous la sauvegarde d'un intérêt légitime.

27. La condition, si vous vous mariez, a été regardée comme valable dans tous les temps. Sa validité est d'ailleurs la conséquence de l'article 1088.

28. En est-il de même de la condition de ne point se marier? En lui-même le célibat n'a rien d'illicite; mais la société est trop intéressée à l'existence des mariages, pour valider les contrats ou les conditions qui feraient une obligation ou un

(1) Furgole, ch. 7, sect. 2, n°s 101 et suiv. — Merlin, Rép., v° *Conditions*, sect. 2, § 5, art. 5. — Toullier, t. 5, n° 261. — Duranton, t. 8, n°s 135 et 141. — Zachariæ, t. 5, pag. 236.

(2) Toullier, t. 5, n° 266. — Merlin, *ibid.*

intérêt d'un état qu'elle ne protège point, mais qu'elle se contente de tolérer, alors qu'il est volontaire et spontané. La morale publique a besoin elle-même des mariages et réclame ce qui est bon, comme la société, ce qui est utile. En présence des textes du droit romain et de l'unanimité des auteurs (1), on a peine à comprendre comment M. Favard de Langlade (2) a pu soutenir que toute condition prohibitive de mariage était licite et valable.

29. La condition de ne point se remarier est-elle licite? C'est toute une histoire que celle de cette condition. Il paraît que dans le premier âge du droit romain, la condition de ne point se remarier était, comme celle de ne point se marier, généralement illicite, à quelques exceptions près introduites en faveur des enfants (3), auxquels cas on disait que c'était une convention d'observance moins de viduité que de ses devoirs d'ascendant. Plus tard, le scandale des secondes noces fit porter la loi Julia Miscella, qui autorisa les femmes sans enfants à convoler, sans perdre la libéralité faite par leurs maris, sous la condition de le faire dans l'année de viduité, et de prêter serment que ce n'était que pour avoir des enfants. L'année expirée, elles ne pouvaient demander et conserver la libéralité qu'en donnant caution de ne point convoler. Cette loi réglait dans le même sens les conditions de viduité imposées aux maris. Le scandale du parjure, l'intérêt de la population, la faveur d'une filiation légitime la firent abroger, et une constitution de Justinien restaura le droit romain dans sa pureté primitive. Le convol n'empêchait point le donataire ou le légataire de profiter de la libéralité (4); mais la femme n'avait que l'usufruit, les enfants du précédent mariage la propriété. Justinien fit un retour sur lui-même et finit par placer sans

(1) L. 22, *ff. De cond. et demonst.* — TOULLIER, MERLIN, DURANTON, GRENIER, PROUDHON, DALLOZ, etc.—Voy. TROPLONG, *Donat.*, nº 237.

(2) Vº *Donation entre vifs*, sect. 1, § 2, nº 2.

(3) L. 62, § *ult.*, *ff. De cond. et dem.*

(4) C. *De indict. viduit.*

distinction l'époux gratifié par l'autre dans cette alternative, ou de ne point convoler, ou de perdre le bénéfice de la disposition. La condition de viduité fut donc tout à fait licite et valable dans le dernier état de la jurisprudence romaine (1), et la jurisprudence française adopta pleinement ces règles quant aux secondes noces (2).

Sous notre Code, quel serait le sort de cette condition? La très grande majorité, on peut dire l'unanimité des auteurs tient qu'elle est valable (3), alors surtout qu'elle est apposée à une libéralité faite par l'un des époux à l'autre, soit que ce dernier ait ou non (4) des enfants.

Le convol ne mérite pas en effet la même faveur qu'un premier mariage. La loi elle-même a ses rigueurs contre lui. Le plus souvent encore il y a des enfants intéressés au maintien du veuvage; et là où il n'y en a pas, il s'élève toujours une considération de justice et d'équité qui ne permet pas de détourner une libéralité de sa destination individuelle, pour la communiquer à un tiers que le donateur a voulu en exclure. L'accroissement de la population par des unions légitimes est sans doute un intérêt public; mais la société doit poser elle-même un terme à ses exigences; et quand la dette d'un premier mariage a été acquittée envers elle, il ne lui reste plus le droit de montrer une sévérité qui n'est guère dans nos mœurs.

Nous considérons donc cette condition comme valable au cas même où elle serait imposée, par un tiers autre que le

(1) Novelle, 22, ch. 43 et 44.

(2) Ricard, *Disp. cond.*, ch. 5, sect. 2, nos 245 et suiv. — Maynard, *Quest. not.*, liv. 8, ch. 193. — Furgole, *Des testam.*, *ibid.* — Cass., 20 janv. 1806. Sirey, 6, 1, 161.

(3) Toullier, t. 5, n° 259. — Proudhon, t. 1, n° 409. — Chabot, *Quest. transit*, vis *Conditions concernant les mariages*, t. 1, pag. 124. — Grenier, *Donat.*, n° 157. — Delvincourt, t. 2, pag. 400. — Vazeille, Poujol, Coin-Delisle, *Donat.*, sur l'art. 900. — Merlin, Rép., v° *Condition*, sect. 2, § 5, n° 4. — Zachariæ, t. 5, pag. 235. — Troplong, *Donat.*, nos 248 et suiv.

(4) *Contrà*, Duranton, t. 8, n° 128.

conjoint prédécédé, à une personne n'ayant point d'enfants de son premier mariage (1).

30. Si la condition absolue de ne point se remarier est valable, à plus forte raison le sera-t-elle de ne point se remarier avec telle personne. L'exclusion de celle-ci contient l'admission de toutes les autres.

31. La condition d'épouser une personne désignée est licite : c'est d'ailleurs la conséquence de l'article 1088, à moins que cette personne ne fût perdue d'honneur et de réputation, et qu'il ne fallût faire, pour l'épouser, abnégation complète de tout sentiment de décence et de considération publique. Dans ce cas, l'exclusion des autres, jointe à l'impossibilité ou à l'immoralité du mariage avec celle indiquée, ferait de la condition une condition de ne point se marier du tout (2).

32. La condition de ne pas se marier avec telle personne désignée est licite et valable. Il vous est loisible d'en épouser toute autre excepté celle-ci (3).

Elle serait nulle cependant si le mariage prohibé devait avoir pour effet la réhabilitation du donataire, la légitimation d'un enfant préexistant, en un mot, la réparation d'un tort ou d'un scandale (4) existant au moment même où la condition a été imposée.

La condition de ne pas épouser une personne de telle ville, de telle province, de tel pays, est valable en général, à moins que les difficultés de son accomplissement ne la fassent dégénérer en une véritable condition de célibat, ce qui est subordonné aux circonstances (5).

(1) *Contrà*, ZACHARIÆ, T. 5, pag. 235.

(2) L. 63, *ff. De cond. et dem.* — FURGOLE, ch. 7, sect. 2, n° 72. — TOULLIER, T. 5, n° 251. — TROPLONG, *Donat.*, n° 245.

(3) Même loi. — TROPLONG, *Donat.*, n° 238.

(4) Auteurs cités *suprà*, CHABOT, FURGOLE. — Bruxelles, 6 mai 1809. SIREY, 9, 2, 341.

(5) Auteurs cités. — L. 64, *ff. De cond. et dem.*

33. La condition de ne point se marier avant tel âge, ne serait illicite que tout autant que l'ajournement du mariage serait, dans la réalité, la condition de vieillir dans le célibat (1).

Est également nulle, comme contraire à l'ordre public, la condition de ne se marier qu'avec le consentement d'un tiers, *arbitratu alterius*, autre que ceux dont la loi exige le consentement ou l'avis (2). Une semblable condition altère en effet essentiellement soit les droits de l'individu, soit ceux de la famille.

Mais la condition est valable lorsqu'elle porte que le mariage devra avoir lieu avec le consentement du père ou de la mère. Loin d'être contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, elle est alors empreinte d'un caractère incontestable de haute moralité (3).

Et il en serait de même s'il s'agissait de prendre conseil d'un parent, d'un ami, homme sage et prudent (4).

34. Nous pourrions multiplier les exemples de conditions illicites, non pas en elles-mêmes, et quoique le fait prévu ne soit point essentiellement contraire à la loi et aux bonnes mœurs; mais il suffit de ceux-là pour justifier quelques conséquences importantes.

Lorsque le fait prévu n'est pas en lui-même prohibé par la morale ni par l'ordre public, ni par la loi, il peut être pris pour condition toutes les fois qu'il ne tend pas au sacrifice des facultés essentielles à l'homme, à l'oubli de ses devoirs, à la renonciation de ses droits, comme personne civile et politique. Alors les termes de l'acte peuvent avoir quelque influence dans l'appréciation de l'esprit et du dessein de la condition. Ainsi, je puis donner et léguer un usufruit, une rente qui cessera sous cette condition, si vous êtes prêtre, si vous vous

(1) Voy. auteurs cités.

(2) L. 72, § 4, *ff. De cond. et dem.* — FURGOLE, *Testam.*, ch. 7, sect. 2, n° 59. — DURANTON, T. 8, n° 121. — TOULLIER, T. 5, n° 258. — TROPLONG, *Donat.*, n° 240. — Paris, 7 juin 1849. SIREY, 49, 2, 406.

(3) Bordeaux, 15 février 1849. SIREY, 49, 2, 667.

(4) TROPLONG, *Donat.*, n° 241.

mariez, si vous n'exercez pas une fonction publique, si vous n'êtes plus député ou sénateur, si vous quittez telle ville, si vous ne gardez pas la viduité (1), *et vice versâ*. La loi elle-même fait du convol, par exemple, une cause de résolution ou de cessation du droit qu'a la mère à l'usufruit des biens de ses enfants, du droit d'aliments qu'a la belle-mère contre son gendre (2). C'est qu'en effet il peut y avoir un intérêt légitime dans la stipulation de pareilles conditions. Mais que je dise : si vous êtes adultère, assassin, voleur; si vous faites la traite des noirs; si vous abdiquez votre autorité paternelle ou maritale; si vous traitez sur une succession future, etc.; dans tous ces cas, la condition sera irrémissiblement nulle, parce que le fait est essentiellement illicite.

35. Le caractère du contrat doit exercer aussi sur la décision une grande influence. Dans une convention à titre onéreux, il sera difficile de rencontrer au milieu des deux intérêts qu'elle crée en compensation et en face l'un de l'autre, cet autre intérêt distinct et appréciable qui doit, pour frapper la condition de nullité, solliciter celui qui en est grevé à l'abnégation de ses facultés et de ses droits, ou à la violation de ses devoirs. Je vous vends ma maison, si vous n'êtes point nommé magistrat, si vous ne vous mariez pas, si vous êtes prêtre; le fait prévu est licite en lui-même, et la condition n'a aucun but illégitime, parce que son accomplissement n'est pas directement intéressé, comme dans le cas d'une disposition à titre gratuit. Au contraire, quel que soit le contrat, la condition d'un fait essentiellement illicite n'est jamais valable.

36. Il faut encore considérer par qui la condition doit être accomplie; est-ce par un tiers, les contractants, ou le légataire? Comme le fait est licite en lui-même, et que la condi-

(1) Sur ce dernier point, voy. Toulouse, 25 avril 1826. SIREY, 27, 2, 13. — Rouen, 6 juill. 1834. SIREY, 34, 2, 443. — Poitiers, 14 juin 1838. SIREY, 38, 2, 373.

(2) Art. 206, 386, C. Nap.

tion n'est frappée de nullité que par l'illégitimité ou l'immoralité de l'intérêt que présente son accomplissement, il suit de là que si la condition est imposée à un tiers, elle n'est pas nulle, puisque le fait de celui qui doit l'accomplir n'est pas à la disposition des stipulants. Je vous vends ou donne ma maison, si tel se fait prêtre, ne se marie point, n'occupe aucune fonction publique, n'exerce aucune action judiciaire, ne fait point de testament; si, en un mot, il fait ou ne fait pas telle chose dont l'exécution et l'abstention sont légitimes aux yeux de la loi, lorsqu'elles sont volontaires, libres et spontanées; comme nous ne pouvons rien ni l'un ni l'autre sur les actions de ce tiers, et que la convention est sans intérêt pour lui, la condition sera valable. Mais s'il s'agissait d'un fait essentiellement illicite, la condition serait nulle, n'importe par qui elle dût être accomplie.

La condition serait également nulle quoique le fait fût licite en lui-même, si la pensée qui en a inspiré la stipulation est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ; par exemple, si tel n'est pas député ou représentant, vous devez combattre sa candidature; si votre fils ou votre fille ne se marie point, vous avez autorité sur eux (1). Alors, en effet, se retrouvent toujours l'immoralité et l'illégitimité de l'intérêt qui préside à la stipulation de la condition.

37. Les exemples de conditions que nous avons posés jusque-là appartiennent tous à un ordre de faits touchant plus ou moins à l'ordre public. Nous avons vu que lorsqu'ils sont pris pour simple condition ils ne constituent pas toujours une infraction à l'ordre social; que la condition est valable suivant les circonstances, et d'après l'appréciation de son intérêt et de son dessein. Aucun de ces faits cependant ne peut être pris pour cause licite d'une obligation qui doive être littéralement exécutée, ou convertie en dommages et intérêts, en cas d'inexécution.

Nous allons maintenant, toujours à l'appui du principe que

(1) L. 73, § *ult. ff. De cond. et dem.*

nous avons posé, emprunter quelques exemples de conditions pris dans un ordre de faits relatifs aux prohibitions purement civiles. Nous aurons encore à distinguer entre la cause et la condition, et nous trouverons plus d'un cas où le même fait, illicite comme cause d'obligation, est licite comme condition simple.

38. Il y a, en effet, dans nos Codes des droits et des facultés dont l'exercice garanti pour les personnes, en vue de l'utilité générale, ne peut jamais être interdit ou gêné plus que ne l'entend la loi, mais dont le non exercice peut néanmoins être intéressé.

L'article 815, par exemple, frappe de nullité les prohibitions et les conventions qui auraient pour objet de suspendre indéfiniment les partages; il les déclare obligatoires pour cinq années seulement. Au-delà de cette limite, elles sont nulles, et le partage peut toujours être provoqué. Si donc le testateur a imposé à ses héritiers, ou si les copropriétaires se sont imposé par convention, l'obligation de demeurer dans l'indivision pendant dix ans, quinze ans... l'obligation ne vaut que pour cinq ans. Mais on peut alors la renouveler.

Les motifs de la loi sont saisissants de raison et de vérité. Elle a voulu empêcher ces indivisions qui jettent l'incertitude dans la propriété, ruinent le crédit privé, découragent l'agriculture, empêchent les améliorations et préparent pour leur dénoûment une déplorable série de contestations et de procès. La loi a donc voulu assurer aux propriétaires en état d'indivision la faculté d'en sortir, et ne leur a permis de l'aliéner que dans une certaine mesure.

Mais au lieu d'une obligation stricte d'indivision, supposons entre les copropriétaires une convention comme cell-ci : si je provoque le partage avant vingt ans, vous prélèverez tant sur la propriété indivise. Nous regardons cette convention comme illicite. Elle ne tend à rien moins qu'à entretenir et perpétuer les indivisions. Elle est une peine attachée à l'exercice d'une faculté inaliénable au-delà de certaines limites; elle constitue

une véritable aliénation de mes droits; car je suis forcé d'acheter le droit de provoquer le partage avant vingt ans; je paye le droit de sortir plutôt de l'indivision; je rachète un droit dont la loi, en vue de l'intérêt public, ne m'a pas permis de gêner ni de m'interdire l'exercice.

Serait illicite par les mêmes raisons, la clause qui imposerait à celui des copropriétaires qui le premier demanderait le partage, l'obligation de payer aux autres tant *de suo*. Elle constitue, pour ainsi dire, un dédit d'indivision.

39. Si la loi prohibe l'interdiction ou, dans certain cas, la gêne du droit ouvert à tous propriétaires dans l'indivision de provoquer le partage, elle ne fait pas néanmoins de l'exercice de ce droit une nécessité d'utilité publique. Elle laisse toute personne parfaitement libre de demander ou non le partage. Sous ce rapport, elle ne fait violence ni à la volonté ni aux intérêts des copropriétaires. Ils peuvent demeurer dans l'indivision aussi longtemps que l'indivision leur fait besoin ou plaisir. Elle est indifférente aux yeux de la loi, tant qu'elle est volontaire. Or le caractère naturel de la condition est de n'établir aucune contrainte, aucune obligation pour l'accomplissement du fait prévu. L'indivision ne cessera donc pas d'être volontaire et par conséquent indifférente, lorsqu'elle sera prise comme condition simple d'une disposition ou d'un contrat.

Je vous vends ma maison, si vous restez avec votre frère dans l'indivision pendant vingt ans. Nous ne voyons rien d'illicite dans cette condition.

Si nous demeurons pendant vingt ans dans l'indivision ; si de vingt ans vous ne demandez pas contre moi le partage, au lieu du tiers qui vous revient vous prendrez la moitié; ces conditions ne sont pas non plus réputées illicites. Nous sommes en effet toujours libres de provoquer le partage. Quel que soit d'ailleurs votre intérêt à ne point le demander, l'indivision n'est après tout qu'un fait volontaire de votre part. Notre droit d'en sortir n'est ni dans la gêne, ni en interdit. Il est seulement intéressé par l'appât d'un bénéfice tout pur, et non par

la perspective d'un préjudice, à ne pas se mettre en exercice avant tel temps.

40. Je vous vends ma maison, sous l'obligation de votre part de rester avec votre frère dans l'indivision pendant vingt ans; mon frère s'oblige à ne pas demander le partage de vingt ans; en conséquence, je dois lui payer tant. La convention ne fait pas de l'indivision une condition simple, mais une obligation stricte. Quel en sera le sort? On ne peut dire que l'obligation de rester dans l'indivision pendant vingt ans est valable, exigible; l'article 815 ne le veut pas. On ne peut dire non plus qu'elle vaudra pour cinq ans, qu'elle sera exécutoire pour cinq ans; cette exécution limitée à cinq ans ne conduirait à rien, n'assurerait pas la vente de ma maison, ni le payement de la somme promise, puisque j'ai vendu et promis de payer, sous l'obligation de la part de l'autre partie de rester dans une indivision de vingt ans et non de cinq. Néanmoins, l'obligation d'indivision nous paraît réductible à cinq années, délai légal, si satisfait moi-même d'une indivision de cette durée, je consens en même temps à la vente de ma maison et au payement de la somme promise. Mon acquéreur et mon frère n'auraient pas alors intérêt à se plaindre de la réduction de leur obligation.

Mais si nous supposons qu'une indivision de cinq ans ne répond ni à l'intention ni à la lettre du contrat, dans ce cas, l'obligation de rester dans l'indivision pendant vingt ans est nulle en totalité, et ne vaut, de même que le louage de services à perpétuité (1780) (1), que comme obligation de rester dans l'indivision *quoad placuerit*. La loi, réintégrant le contractant dans la plénitude de sa liberté, stipule pour lui-même cette condition résolutoire potestative. Il ne s'est obligé que *quoad placuerit*; il n'a promis de rester dans l'indivision que tant qu'il lui plaira, ou plutôt d'y rester vingt ans, *nisi displicuerit*. Et c'est dans ces termes que notre convention devra s'exécuter : pour vous, obligation d'indivision

(1) Voy. 1133, n° 30.

sous condition potestative; pour moi, obligation de vendre ma maison, si vous restez vingt ans dans l'indivision. J'ai contracté ainsi une obligation conditionnelle, subordonnée à l'accomplissement d'un fait dont la loi rend la consommation potestative de votre part. Sans doute, c'est tourner en condition simple un fait pris comme obligation dans le contrat; mais, d'une part, la loi ne veut pas que l'accomplissement de ce fait puisse se traduire en obligation stricte; et, d'autre part, il m'importe peu que le fait s'accomplisse, ou comme obligation ou comme condition, pourvu qu'il s'accomplisse. S'il ne s'accomplit pas, eh bien, je n'ai contracté aucun engagement, puisque la condition est défaillie.

41. Remarquons toutefois que si, dans l'intention des contractants, la clause modale portant engagement d'indivision devait toujours garder son caractère strictement obligatoire, sans se convertir en une condition simple d'indivision toute potestative pendant dix, quinze ou vingt ans, remarquons qu'alors il serait satisfait au contrat, en s'obligeant à demeurer pendant cinq années, terme légal, en état d'indivision. Ainsi, je vous vends ma maison dix mille francs, et encore à la charge par vous de ne pas demander envers moi de partage pendant vingt ans. D'un côté, on peut dire qu'il n'y a pas d'obligation légale d'indivision de cette durée; qu'au lieu d'être un engagement formel, cette indivision n'est qu'un fait potestatif; ou, si l'on veut, que l'obligation n'en a été contractée que sous cette condition potestative résolutoire, *nisi displicuerit*. Mais alors il faut que l'indivision dure vingt années; autrement la condition du contrat fait défaut. Nous avons examiné cette interprétation au numéro précédent.

Mais on peut dire que les parties ont voulu que l'indivision fût obligatoire; qu'elles en ont, il est vrai, exagéré la durée légale; mais que la loi la réduit à cinq années; que c'est à la loi qu'elles ont entendu en revenir, puisqu'elles sont censées ne pas l'ignorer; qu'il suffira donc que l'indivision dure cinq ans, en étant pour ce terme strictement obligatoire. Sans doute

il y a réduction de l'engagement; mais cette réduction rentre dans l'esprit de la loi et dans l'intention commune des contractants. Cette clause d'indivision est dès lors une de ces clauses qui, détachées du contrat principal, font dire d'elles que *vitiantur et non vitiant,* qu'elles sont nulles ou réductibles, suivant les termes de la loi, sans que la convention principale en ressente la moindre atteinte. De ces deux interprétations, laquelle préférer? L'appréciation des circonstances déterminera le choix des tribunaux.

12. Nous appliquons les mêmes principes et les mêmes solutions aux clauses exorbitantes de rachat.

La faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant cinq années (1660). Mais on peut très bien intéresser l'acquéreur à souffrir l'exercice de ce droit pendant plus de cinq ans, en le proposant comme condition simple d'une stipulation faite en sa faveur. Je vous vends ma maison, si, pendant dix ans, vous laissez exercer le réméré par tel, votre vendeur. Dans ce cas, l'exercice de la faculté de rachat, après le délai de cinq ans, n'est plus l'exercice d'un droit de la part du vendeur, mais un acte de libre tolérance de la part de l'acquéreur. Il n'y a donc rien qui blesse les prohibitions de la loi.

13. On ne peut d'avance renoncer à la prescription; mais on peut renoncer à la prescription acquise (2220). Ainsi, serait nulle, comme contraire à l'intérêt public, la promesse que j'aurais faite de renoncer à une prescription non acquise. Mais, dans la prévision de la prescription une fois acquise, ne peut-on pas m'intéresser, sinon m'obliger, à renoncer à cette prescription, en faisant de ma renonciation la condition d'une stipulation à mon profit? Vous me promettez tant, si je renonce à telle prescription, lorsqu'elle sera acquise : nous ne voyons rien d'illicite dans une pareille convention. Ma renonciation est volontaire et spontanée. Rien ne me force à la faire. Je puis y être invité par l'intérêt, jamais contraint par une obligation. C'est à moi de choisir entre ma renonciation à une prescription acquise, et le maintien des droits que son exis-

tence m'assure. Mais, dans tous les cas, mes facultés n'en sont pas moins entières, ni mes droits moins complets; et c'est ce qui fait la validité du contrat.

44. Que l'on fasse bien attention à la nature de la condition dont nous reconnaissons en principe la validité. Nous disons qu'il y a condition licite et valable dans un pareil contrat : je vous vends ma maison, si vous restez quinze ans dans l'indivision avec votre frère, si vous laissez pendant quinze ans votre vendeur exercer le rachat, si vous renoncez à telle prescription quand elle sera acquise. La condition consiste alors dans un fait purement facultatif. Mais que l'on dise : je vous vends ma maison, si vous vous obligez à demeurer vingt ans dans l'indivision, à tolérer le rachat pendant quinze ans, à renoncer à telle prescription quand elle sera acquise; alors la condition est illicite. Elle consiste en effet dans la formation d'un contrat prohibé par la loi, c'est-à-dire, dans un fait légalement impossible. Peut-être ne sera-t-il pas toujours facile de distinguer si les contractants ont entendu que la condition consistât en un simple fait volontaire, ou dans la formation d'un contrat obligatoire. Mais, dans le doute, on devra interpréter la convention de préférence dans un sens qui puisse lui faire produire quelques effets.

45. Ce que nous venons de dire s'applique encore à l'exemple que nous allons poser. Il est certain qu'on ne peut s'obliger à renoncer à une succession future, que par conséquent on ne peut contracter sous une pareille condition, si je renonce, si je m'oblige à renoncer à une succession future (1130). Mais la condition devient valable si elle a pour objet une renonciation toute facultative après l'ouverture de la succession, sans altérer la faculté d'accepter ou de répudier.

Vous me promettez telle chose, si je renonce à la succession de mon père quand elle sera ouverte. Je fais un contrat licite, et la condition doit être accomplie pour que la convention soit efficace. En effet la loi, en prohibant les traités sur successions futures, a eu principalement en vue l'utilité géné-

rale, le libre exercice de certaines facultés, l'inaliénabilité de droits éventuels que des engagements téméraires peuvent compromettre et dévorer à l'avance. Or, quand ils sont ouverts, je puis valablement renoncer, et n'ai plus qu'à choisir en toute liberté. C'est par cette raison que la condition simple de renoncer à une succession future, quand elle sera ouverte, ne nous paraît ni illicite ni immorale (1).

46. Il y a des dispositions et des contrats que la loi frappe de nullité, mais dont les parties intéressées sont libres de poursuivre ou non l'annulation, et dont elles peuvent même couvrir les vices par une exécution volontaire. Sera donc valable la condition de ne pas en demander la nullité. Ainsi, je vous vends ma maison, à la condition par vous de respecter des libéralités excessives faites par votre auteur, ou des dispositions faites à des personnes incapables. La condition et le mode sont licites, parce qu'ils touchent à des droits disponibles et susceptibles d'une renonciation volontaire.

Serait également valable la condition de ne point poursuivre la nullité d'une substitution prohibée, ou d'un contrat exorbitant de gage et d'antichrèse. Il appartient alors à la partie avec laquelle une condition semblable a été stipulée d'opter entre l'exercice de son action en nullité et le maintien du contrat conditionnel.

Mais ceci n'est absolument vrai que des conditions imposées par des tiers et volontairement acceptées par les parties intéressées. Le testateur ne pourrait pas dire qu'il exhérède son héritier ou réduit son institution, s'il attaque telle substitution prohibée qu'il a faite (2), telle libéralité excessive ou faite à personnes incapables (3). Il ne peut en effet substituer sa volonté à celle de la loi, ni essayer de maintenir des actes radicalement nuls, comme illicites, contraires aux bonnes mœurs

(1) TOULLIER, T. 5, n° 269. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 237. — *Contrà*, DURANTON, T. 8, n° 146.

(2) CASS., 30 juill. 1827. DALLOZ, 27, 1, 329.

(3) TROPLONG, *Donat.*, n° 261.—CASS., 11 déc. 182[illegible]. DALLOZ, 26, 1, 27.

ou à l'ordre public, au moyen d'une pénalité imposée à ceux-là mêmes au préjudice desquels la loi défend de les faire, et pour le cas où, en poursuivant leur annulation, ils ne font précisément qu'exercer les droits que la loi leur a garantis.

Néanmoins, la condition apposée par le testateur sera valable toutes les fois qu'à la disposition ou au contrat nul elle substituera un titre nouveau, et qu'elle placera l'héritier dans une alternative légitime (1).

47. De ce que certains faits ne peuvent être stipulés comme cause d'un contrat, il ne faut donc point conclure qu'ils ne peuvent également faire l'objet d'une condition. Une certaine part est laissée à l'appréciation des circonstances, et les développements dans lesquels nous venons d'entrer à cet égard, rapprochés surtout du commentaire de l'article 1133, serviront peut-être à expliquer la diversité des opinions d'auteurs et des décisions d'arrêts.

48. Nous terminerons par une observation que nous ne croyons pas déplacée : c'est qu'il ne faut pas confondre la nullité du pari, contrat essentiellement aléatoire, avec celle résultant d'une condition illicite. Si le pari est nul, c'est à raison du caractère de l'engagement lui-même, qui peut d'ailleurs être subordonné à un fait tout à fait innocent; tandis que la nullité des obligations dont nous avons donné quelques exemples résulte de l'illégitimité de la condition.

Il ne faut pas non plus confondre avec le pari des contrats conditionnels et du reste valables. Il y a bien entre eux certains points de ressemblance; cependant il importe de les distinguer, et les circonstances serviront à expliquer la vraie nature du contrat. Comme le pari consiste dans un engagement réciproque de part et d'autre, soumis d'un côté à l'accomplissement, et de l'autre à l'inaccomplissement du même fait prévu, on devra fonder l'interprétation de l'acte sur cette réciprocité de l'engagement, et sur cette identité du fait de l'accomplisse-

(1) Voy. 1226, n° 3.

ment ou de l'inaccomplissement duquel chacune des parties fait dépendre son obligation ou son droit. Cette réciprocité même des engagements qui, dans le pari, sont contractés de part et d'autre, en restant respectivement subordonnés au même évènement dont l'incertitude est envisagée par chaque partie d'une manière inverse, donne à cette espèce de convention tous les caractères légaux d'un contrat pur et simple. Les obligations qui en résultent ne dépendent point en effet de l'événement prévu, en ce sens qu'il les suspende jusqu'à ce qu'il arrive, ou qu'il les résilie selon qu'il arrivera ou n'arrivera pas. Ce sont seulement les chances de gain ou de perte, d'où résulte pour chaque contractant l'équivalent de ses engagements respectifs, qui sont subordonnées à l'évènement incertain à la réalisation duquel elles se rattachent. Telle est précisément la différence essentielle qui distingue les contrats aléatoires des contrats conditionnels proprements dits.

Article 1174.

Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.

Sommaire.

1. Raison de l'article 1174.
2. Son véritable sens. Exemples.
3. Si je le juge, si on le juge raisonnable. Différences.
4. Quand je voudrai, si je veux, quand je le jugerai convenable.
5 Quand je pourrai.
6. Si je vais à Paris.
7. Si je me décide à vendre.
8. Fixation de prix ou de parts sociales remise à la volonté du contractant.
9. Une indemnité peut être due pour le fait accompli.
10. Droit particulier des donations.
11. N'est pas nulle l'obligation qui dépend de la volonté de celui envers qui on s'oblige.
12. Les conditions purement potestatives n'ont pas d'effet rétroactif. Comment, et envers quelle partie.
13. Exemple, ventes faites sous condition d'essai, d'agrément, de dégustation.

14. Conséquences relativement aux promesses unilatérales.
15. Autre conséquence. Réfutation d'une opinion de M. Troplong.
16. Observation.
17. Condition, *si displicuerit*, *nisi placuerit*
18. La condition d'essai peut être résolutoire.
19. Conséquence en ce qui touche la rétroactivité.
20. Des arrhes en droit romain.
21. Opinions diverses sous le Code Napoléon.
22. Distinguer les arrhes, de dédit des arrhes données comme gage ou symbole de la convention parfaite.
23. Règles d'interprétation.
24. L'article 1590 ne s'applique pas seulement aux simples promesses de vendre. Discussion.
25. La réciprocité du droit de dédit n'est pas de l'essence des arrhes. Exemple.
26. Quelquefois on peut se dédire sans être tenu de les rendre au double. Exemple.

COMMENTAIRE.

1. En droit, il n'y a rien de plus contradictoire que l'obligation qu'une personne s'impose d'un côté et la liberté qu'elle se réserve de l'autre. C'est en effet comme si elle ne s'obligeait pas du tout. Aussi, l'article 1174 dit-il que toute obligation est nulle ou plutôt inexistante, lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.

Il semble au premier abord qu'il n'y ait rien de plus simple. Cependant, l'interprétation de cet article n'est pas si aisée.

2. Nous signalerons avant tout le vice de sa rédaction. L'article 1170 a déjà défini la condition potestative, celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher. En prenant ainsi à la lettre l'article 1174, nous arriverions à dire que l'obligation est nulle, lorsqu'elle a été contractée sous la condition d'un événement de cette nature. Or ce serait là une erreur démontrée. Tel n'est donc pas le sens de notre article.

Il signifie que l'obligation est nulle, lorsqu'elle a été con-

tractée sous une condition qui la fait dépendre de la pure et seule volonté de la personne qui s'engage (1). La condition potestative dont il parle est donc potestative en ce double sens, que l'exécution de la convention en dépend, et encore que l'existence même de l'obligation, du lien de droit, lui est subordonnée. Malgré les imperfections du texte, on ne doit y voir que la reproduction de la pensée de Pothier, et la traduction de ce principe posé dans la loi romaine : *nulla promissio potest consistere quæ ex voluntate promittentis statum capit* (2); il n'y a point d'obligation là où l'engagement n'existe que par la pure volonté de la partie qui s'engage.

Remarquons encore qu'ici nous supposons une convention existante. Il y a accord de volontés, et la partie même qui ne s'est engagée que potestativement, n'en a pas moins donné son consentement de manière à former une convention. Il ne s'agit point dès lors d'une simple pollicitation, d'une proposition demeurée à l'état d'ébauche imparfaite, comme elle le serait (3) en l'absence d'une acceptation régulièrement connue de l'autre partie ou suffisamment déclarée, conformément aux termes de son offre. Il n'y a pas de consentement qui se soit refusé en se retenant, et dont le défaut ait ainsi empêché la formation même du contrat. Il existe une convention; seulement, quant à l'obligation qui en résulte, l'une des parties la fait dépendre d'un acte potestatif de sa volonté, et c'est cette obligation que la loi déclare nulle.

Tel serait le cas où je me serais obligé à donner, à faire ou à ne pas faire une chose, sous cette condition, si je le veux, si ça me plaît, si ça me convient. Evidemment, en m'en rapportant moi-même à mon libre arbitre sur l'existence de l'obligation, je contracte un engagement nul, ou, pour mieux dire, je ne m'en impose aucun.

3. Si je le juge raisonnable, est encore une condition qui

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 205.
(2) 108, § 1, *ff. De verb. oblig.*
(3) Voy. 1101, n° 19. — 1109, n° 2.

subordonne le lien de droit à la pure volonté du promettant. L'opinion contraire de Pothier (1), n'est fondée que sur une fausse application à la matière des contrats des lois romaines applicables aux testaments (2).

Il en serait autrement si l'on avait dit, si cela est raisonnable, est jugé à propos; ce ne serait plus alors une question laissée au libre arbitre, à l'appréciation personnelle du promettant. Réservée, au contraire, à une appréciation étrangère et absolue, elle constituerait, à vrai dire, une condition casuelle.

Est également valable cette condition, si je suis content. Elle est même censée accomplie, lorsque je ne puis justifier d'aucune cause juste de mécontentement (3).

4. Il ne faut pas non plus confondre la condition, quand je le voudrai, quand ça me conviendra, avec celle-ci : si je le veux, si ça me convient. Nous avons vu que cette dernière condition fait dépendre l'obligation de la seule volonté du promettant. Dans l'autre, au contraire, ce qu'il y a de livré à la pure volonté de la partie qui s'oblige, ce n'est pas l'existence de l'engagement, le lien de droit; c'est uniquement le temps indéfini de son exécution. L'obligation existe si bien alors qu'elle passerait à mes héritiers, si je ne l'avais pas exécutée moi-même. Cette condition, qui ne renferme qu'une expression de temps, se traduit donc en un délai jusqu'à la mort du promettant, aussi loin que sa volonté aura pu différer l'exécution (4).

La loi romaine, il est vrai, exigeait pour la validité de la stipulation que le promettant eût déclaré avant de mourir sa bonne volonté de payer, et M. Duranton (5) exige également

(1) *Oblig.*, n° 48.

(2) Voy. l. 11, § 7, *ff. De leg.*, 3°. — *Conf.*, Toullier, t. 6, n° 499. — Duranton, t. 11, n°s 22 et suiv.

(3) Voy. l. 75, *ff. De leg.*, 3°.

(4) Voy. l. 46, § 2, 3, *ff. De verb. oblig.* — Doneau, sur cette loi — Toullier, t. 6, n° 498. — Maleville, art. 1174. — Troplong, *Prêt*, n° 431. — *Contrà*, Pothier, *Oblig.*, n° 47.

(5) T. 11, n° 27.

sous le Code Napoléon cette manifestation de bon vouloir. Mais nous croyons cette déclaration itérative parfaitement inutile, parce que la clause *cum voluero* n'affecte que le terme du payement et non l'existence de l'obligation ; de telle sorte que cette obligation devient exigible aussitôt que, sans pouvoir manifester l'intention de payer, je ne puis manifester d'intention contraire, c'est-à-dire au moment même de mon décès.

Telle est particulièrement la clause par laquelle, en cédant ma part dans les bénéfices éventuels de la mise en œuvre d'un brevet d'invention, je me réserve le droit d'être le seul juge de l'opportunité du moment pour l'exploitation du procédé breveté. Une semblable réserve, alors surtout que je déclare obliger mes héritiers, ne constitue point une condition potestative, en ce sens qu'elle exclut le lien droit. Il en résulte seulement un délai dont la durée devra expirer au plus tard au moment où le brevet sera périmé, où pour une juste cause je serai mis en demeure, ou bien enfin au moment de ma mort (1).

Ici se présente une observation qui ressort de la nature même des conditions de cette espèce; c'est que si d'une part la condition potestative ne doit être réputée accomplie qu'au décès de celui qui l'a stipulée, et que d'autre part ses engagements ne doivent pas passer à ses héritiers, la convention, par exemple une société, ne produit alors aucun lien de droit. Car la condition ne valant que comme stipulation d'un terme indéfini, ne doit s'accomplir que dans un temps où la convention ne peut avoir désormais aucun effet, puisqu'elle ne serait formée que pour être instantanément dissoute.

5. De même est valable cette condition, quand je pourrai. Elle n'implique qu'un terme et n'abandonne pas l'obligation à l'entière discrétion du promettant. Dans ce cas, le juge doit fixer un terme de payement suivant les circonstances (1901). « Il y a une grande différence, dit Patru (2), entre promettre

(1) Cass., 21 août 1850. SIREY, 50, 1, 723.
(2) 3e *Plaid*, T. 1, pag. 19.

à sa commodité et promettre avec cette condition : si je le veux ou s'il me plaît. Si on promet avec cette condition, si je le veux ou s'il me plaît, la stipulation est nulle et n'opère rien de part ni d'autre. Mais quand on stipule simplement sa commodité, en ce cas, il faut payer aussitôt qu'on peut le faire. Les lois, à la vérité, ménagent la pudeur d'un homme, etc... » Ainsi, il est bien entendu que ces mots, quand je pourrai, équivalent à la stipulation d'un délai dont les juges peuvent être appelés à déterminer l'échéance, sauf à eux à procéder, dans l'appréciation de la possibilité, avec ménagements et réserve (1).

6. Les conditions potestatives, dans le sens de l'article 1170, dépendent sans doute de la volonté de l'une ou de l'autre des parties. Cependant on ne peut dire qu'elles laissent l'obligation tout entière à la disposition du promettant, *ad merum arbitrium*. Ainsi, je vous fais telle promesse, si je vais à Paris. Je suis certainement maître d'aller ou de ne pas aller à Paris. Néanmoins il n'est pas en mon pouvoir de paralyser absolument et dans tous les cas les effets de ma promesse, puisque si je vais à Paris, je demeure bien et dûment obligé. Le contrat ne relève donc pas purement et simplement de ma volonté, comme si j'avais apposé cette condition, si je veux, s'il me plaît (2).

7. Tels seraient encore les effets de la condition, si je me décide à vendre, s'il m'arrive de vendre. Ce n'est pas là une condition qui soumette absolument l'obligation à la discrétion du promettant, puisqu'il est obligé au cas qu'il vende. Il y a mieux : il peut ne pas dépendre de ma volonté seule que je vende ou ne vende point; car l'état de mes affaires peut m'y décider, les pousuites de mes créanciers m'y contraindre. Il y a donc aussi du casuel dans cette condition (3), et avec d'au-

(1) Voy. l. 125, *ff. De verb. signif.*

(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 48. — TROPLONG, *Vente*, n° 52. — TOULLIER, T. 6, n° 495. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 297, nte 16.

(3) TROPLONG, *Vente*, n° 132.

tant plus de raison que la vente qui réalise la condition est un fait pour la consommation duquel il faut l'intervention d'un tiers qui veuille bien se porter acquéreur (1).

8. Pour que l'obligation soit remise à la volonté discrétionnaire du soi-disant débiteur, il suffit qu'on ait abandonné à sa libre disposition l'existence de quelques-uns des éléments essentiels du contrat. Ainsi, il n'y aurait pas de vente, il n'y aurait absolument rien dans une semblable convention : je vous vends telle propriété au prix que vous fixerez vous-même, *quanti æquum putaveris, quanti æstimaveris* (2).

Serait également nulle la vente où le prix serait à fixer par un tiers non indiqué, mais à désigner plus tard par les parties. En effet, comme d'une part les juges ne peuvent les suppléer dans la désignation de ce tiers, et que leur accord amiable est indispensable pour l'accomplir, il s'ensuit forcément que la fixation du prix, ou le moyen de le fixer, c'est-à-dire un élément essentiel, manque totalement au contrat (3).

Nous en disons autant de la société où les parts de chaque associé ne sont pas réglées, mais doivent l'être par des arbitres non encore convenus, mais à choisir plus tard par les parties elles-mêmes. La nécessité d'une amiable entente à cet égard entre les associés, jointe à l'impossibilité pour la justice de les remplacer dans la désignation de leurs arbitres, fait que l'élément essentiel de la distribution des parts manque complètement au contrat de société (4).

9. Que si néanmoins il y a un fait accompli, susceptible d'une indemnité ou d'une liquidation pour l'évaluation et la fixation de laquelle la loi ait elle-même déterminé des règles

(1) Cass., 17 déc. 1828. DALLOZ, 29, 1, 67. — *Contrà*, Grenoble, 23 mai 1829. SIREY, 29, 2, 177. — Cass., 9 juill. 1834. SIREY, 34, 1, 741. Rej. le pourvoi contre l'arrêt précédent de Grenoble.

(2) L. 35, § 1, *ff. De contr. empt.* — 1591, C. Nap.

(3) TROPLONG, *Vente*, n° 157.

(4) TROPLONG, *Société*, n° 626. — *Contrà*, DURANTON, T. 17, n° 425.— DUVERGIER, *Société*, n° 248.

et préposé une autorité, c'est à elles qu'il faudra, dans ce cas, recourir pour le règlement de ses effets juridiques.

Vous faites une chose sur la foi de ma promesse que je vous payerai plus tard une indemnité à régler à l'amiable. Le défaut de précision de ma promesse n'empêche pas que je ne sois obligé de vous payer l'indemnité, que la justice règlera elle-même sur votre demande, faute par nous de nous être entendus sur sa quotité (1).

Par exemple encore, je vous mets en possession de ma maison à titre de bail, au prix que nous règlerons ultérieurement de gré à gré. Si nous ne nous entendons pas sur le prix de ferme, il n'y aura certainement pas de bail, à défaut de prix déterminé; néanmoins comme vous aurez été en possession de ma chose, j'aurai le droit de vous poursuivre en payement d'une indemnité que les tribunaux fixeront, non comme prix de loyer, mais comme équivalent de votre jouissance.

C'est par application de ces principes que la Cour de cassation (2) a décidé que l'article 1174 était étranger à la convention par laquelle six notaires de Soissons, formant une sorte d'assurance mutuelle contre les chances de réduction du nombre de leurs offices, s'étaient engagés à payer à celui d'entre eux qui donnerait volontairement sa démission, une indemnité à fixer de gré à gré entre le démissionnaire et les cinq autres notaires. La Cour suprême considéra avec raison que la démission donnée par l'un d'eux était un fait accompli susceptible de l'indemnité promise, et que, les parties ne l'ayant pas déterminée elles-mêmes, il appartenait aux juges de l'établir. En convenant en effet d'une sorte d'essai de conciliation préalable, les contractants n'avaient pas autrement modifié ni restreint leurs engagements de droit.

10. Nous devons observer ici que l'interprétation que nous venons de donner de l'article 1174 ne s'applique pas aux donations ordinaires. Comme on ne peut donner et retenir, l'ar-

(1) L. 22, *ff. De præscript. verb.*
(2) 4 juin 1835. Dalloz, 35, 1, 233.

ticle 944 déclare nulle toute donation entre vifs, faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur (1). Ainsi, telle condition qui n'est pas suffisamment potestative pour annuler une obligation en matière de contrats ordinaires, l'est assez cependant pour frapper de nullité une donation. Telle serait la condition, si je vais à Paris (2).

11. De ce que, d'après l'article 1174, l'obligation est nulle ou plutôt n'existe pas lorsqu'elle dépend de la pure et seule volonté du promettant, il ne s'ensuit pas que le contrat tout entier soit frappé de nullité. La réciprocité des engagements, l'égalité du lien n'est pas de l'essence des contrats. Est donc valable l'obligation contractée par l'autre partie envers celle qui n'a elle-même contracté que sous une condition qui fait dépendre son engagement de sa seule volonté. Ainsi, je vous promets telle chose, si vous voulez. Vous acceptez ma proposition; il y a contrat; je suis engagé et vous ne l'êtes point (3).

Ce n'est pas sur d'autres motifs qu'est fondée la validité des ventes faites à l'essai ou sous condition de dégustation et d'agrément (1587, 1588). Dans ces ventes il y a obligation régulièrement contractée de la part du vendeur, tandis qu'il n'y en a aucune de la part de l'acheteur, alors du moins que c'est à son goût personnel, à son appréciation arbitraire que l'autre partie s'en est rapportée.

Tels sont encore les effets de cette convention : je vous donne tant, si vous abattez tel arbre qui gêne ma vue. Vous ne vous engagez pas, et moi je suis obligé sous la condition potestative de votre part, si vous abattez cet arbre. C'est qu'en effet une obligation n'est pas nulle pour avoir été contractée

(1) Voy. Duranton, t. 11, n° 24. — Zachariæ, t. 2, pag. 297, nte 16. — Troplong, art. 944.

(2) Voy. Ricard, *Donat.*, p. 1, ch. 4, n° 1038. — Grenier, t. 1, n° 11. Zachariæ, t. 5, pag. 307, nte 7.

(3) Toullier, t. 6, n° 494. — Zachariæ, t. 2, pag. 298, nte 17.

sous une condition purement potestative de la part du créancier (1).

12. Peut-être vaut-il mieux épuiser tout de suite ce que nous avons à dire des effets des conditions potestatives dans le sens de l'article 1174.

Nous verrons sous l'article 1179 que la condition accomplie a un effet rétroactif. Mais cet article ne doit s'entendre que des conditions ordinaires ou potestatives de la part du stipulant, et non de celles qui laissent l'obligation à la volonté du promettant. Ces dernières n'ont point de rétroactivité, et nous devons dire pourquoi et comment.

Lorsque dans un contrat la volonté prend la place d'un fait pour se formuler en condition à elle-même, en même temps qu'elle s'impose une obligation, elle se réserve sa liberté. La volonté de s'obliger n'existe donc pas. Or, pour qu'un engagement existe, c'est bien le moins que le consentement du promettant lui soit définitivement acquis. Si donc l'on comprend que l'obligation remonte à la date du contrat, lorsqu'elle a un fait pour condition, on ne comprend plus de même que l'obligation dépendante de la pure et seule volonté du soi-disant obligé, puisse dater d'une autre époque que du moment où il a été donné par lui une adhésion complète, définitive et sans réserve. C'est de ce moment-là seulement qu'il est obligé; car en faisant jusque-là dépendre de son bon plaisir son engagement, il a fait plus que de le suspendre par une condition, il en a ajourné l'existence même par la réserve de sa liberté (2). Ce n'est pas qu'il n'existe déjà une convention régulièrement formée; car il n'est pas exact de prétendre, en présence de l'accord formel des volontés, qu'il n'existe point de contrat et qu'il n'en existera réellement que lorsque la condition potestative sera accomplie. Seulement, il n'y a point encore d'obligation de la part du promettant qui a déclaré ne s'engager que sous une condition de cette nature. Cette confusion entre le

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 201. — MERLIN, *Quest.*, v° *Hypothèques*, § 3.
(2) Voy. 1179, n° 10.

contrat et l'obligation a été faite quelquefois ; et il importait avant tout de la dissiper.

Voilà pour celui qui a fait semblant de s'obliger, en faisant dépendre son obligation de sa pure volonté. Mais il en est autrement à l'égard de l'autre partie. Cette dernière est en effet obligée, et peut être contrainte à l'exécution de son engagement. Or, de ce que son obligation est valable dès le principe, il suit qu'elle date du contrat même, dès l'instant qu'elle est purifiée par l'accomplissement de la condition, dans ce qu'elle a de conditionnel de l'autre côté.

Ainsi, je m'oblige à vous vendre ma maison. Vous acceptez, mais sous toutes réserves de votre liberté. Vous ne contractez aucune obligation, et moi je suis lié. Si vous déclarez plus tard vouloir ramener à exécution ma promesse de vente, ce sera seulement alors que vous serez obligé. Votre engagement, à titre d'acquéreur, n'aura pas une autre date. Mais le mien, à titre de vendeur, remonte plus haut; il remonte jusqu'à la date de notre convention. Car la liberté que vous vous êtes réservée ne l'empêche pas d'être pur et simple.

13. Il en est de même des ventes faites sous condition potestative d'essai, de dégustation et d'agrément, lorsque le vendeur s'en rapporte au goût et à l'appréciation personnelle de l'acheteur. Les obligations de ce dernier étant contractées sous la réserve de sa libre et entière volonté, ne sauraient dater d'un autre moment que de celui où il déclare vouloir exécuter et maintenir le marché; tandis que celles du vendeur étant pure et simples, datent de la convention même. Celui-ci a donc une obligation avant d'avoir des droits, et celui-là, des droits avant d'avoir une obligation. Mais quand la convention tient, il arrive un moment où elle reprend son caractère synallagmatique et commutatif : c'est lorsque le promettant donne une adhésion définitive. L'article 1587 ne veut pas dire autre chose, lorsqu'il dit qu'à l'égard du vin, de l'huile et des autres choses qu'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente, tant que l'acheteur ne les a pas

goûtées et agréées. Il n'y a pas de vente... C'est-à-dire que le prétendu acheteur n'a jusque-là contracté lui-même aucune obligation, puisqu'il peut discéder du marché, soit qu'il s'agisse d'essai ou de dégustation, en se bornant à dire que la chose ne lui plaît pas (1).

14. Cette différence entre les époques où naissent les obligations de l'un et de l'autre, conduisent à des conséquences que nous avons déjà signalées en partie (2). Ainsi, celui qui a vendu sa chose, sous une condition purement potestative de la part de l'acquéreur, ne peut valablement l'aliéner, l'hypothéquer, la louer plus tard à un autre; et cependant il n'a encore aucuns droits lui-même, puisque le stipulant n'est pas obligé. D'où il suit que si ce dernier, pour garantir le payement du prix, avait hypothéqué ses propriétés, l'hypothèque, même antérieurement inscrite, ne prendrait date, en cas que le marché tînt, que du moment où le soi-disant acquéreur y aurait adhéré sans réserve, irrévocablement. Car, jusque-là, étant maître d'acheter ou non, son obligation ne relevant que de sa volonté, n'ayant, en un mot, encore contracté aucun engagement, l'hypothèque, simple accessoire, ne saurait précéder la créance qui est le principal. Que si, au contraire, le promettant, purement et simplement d'ores et déjà obligé, avait consenti hypothèque pour la garantie de l'exécution de sa promesse, l'hypothèque inscrite prendrait rang à la date de son inscription, fût-elle antérieure à l'époque où le créancier a donné au contrat une adhésion définitive.

15. Mais nous repoussons cette conséquence déduite par M. Troplong, de la nullité de l'obligation contractée sous une condition potestative dans le sens de l'article 1174 (3). Il suppose que Pierre, mécanicien, a traité avec Paul, négociant, d'une machine à vapeur pour tisser, sous la condition que ce dernier l'essaiera et fera connaître son sentiment dans trois

(1) Voy. Troplong, *Vente*, n° 108.
(2) Voy. 1138, n°s 6 et suiv.
(3) *Vente*, n° 113.

mois. Paul tombe en faillite; les syndics agréent la machine; Pierre ne sera pas créancier de la faillite, suivant M. Troplong; il le sera de la masse des créanciers, qui devront le payer intégralement, parce que ce n'est que depuis la faillite qu'il y a eu formation du contrat.

Voilà ce que nous n'admettons pas. Nous l'avons remarqué ailleurs (1); M. Troplong semble confondre ici l'existence de l'obligation avec l'existence du contrat. Le contrat existe avant l'adhésion définitive de Paul ou des syndics de sa faillite, puisque Pierre est engagé. Aussi, l'article 1174 dit-il que l'obligation est nulle, et non le contrat. Or, que font les syndics en agréant la machine? Ils exercent un droit à la place du failli, à la personne duquel il n'est pas exclusivement attaché (2). Ils se mettent donc en son lieu et place, en entretenant pour son compte un contrat formé par lui et avec lui, qu'ils pouvaient maintenir ou rompre comme lui. Pierre, le mécanicien, ne peut donc prétendre plus de droits qu'il n'en aurait, si c'était Paul lui-même qui eût agréé sa chose avant sa faillite. N'est-il pas en effet obligé dès le principe? N'est-ce pas envers Paul qu'il s'est engagé? N'a-t-il pas vu, en contractant, que l'entretien de la convention le lui donnerait pour acquéreur, et par suite pour débiteur unique? Que fait donc la nullité, ou plutôt l'absence de toute obligation contractée par Paul envers lui? La raison de décider n'est pas là : elle est tout entière dans l'engagement que dès le principe il a valablement contracté envers Paul, qui plus tard a été régulièrement représenté par ses créanciers, dans l'adhésion donnée par eux au contrat.

De même, si nous supposons une vente faite sous condition d'essai, de dégustation et d'agrément, à une personne qui vienne à décéder avant d'avoir fait connaître son avis, et que sa succession soit acceptée sous bénéfice d'inventaire, le vendeur n'aura pas pour débiteur l'héritier qui aura agréé le mar-

(1) Voy. 1138, n° 13.
(2) TROPLONG, *Vente*, n° 112.

ché, mais seulement la succession qu'il représente, sans y confondre ses biens personnels.

16. Ajoutons toutefois que nous supposons dans ce que nous venons de dire, que le vendeur aura suivi la foi de l'acquéreur, en lui accordant terme pour le payement. Si en effet il avait été convenu que l'acquéreur payerait à l'instant même où il aurait fait connaître son avis, il faudrait que cette condition fût accomplie ; sinon le promettant serait en droit de faire résoudre la convention (1184).

17. S'il est vrai qu'il n'y ait aucune obligation contractée, lorsque la volonté du prétendu obligé se fait d'elle-même la condition suspensive de son engagement, il est vrai aussi qu'il y a une obligation régulièrement existante, sous cette condition résolutoire, *si displicuerit* (1), si ça vient à me déplaire, *nisi placuerit* (2), si ça ne me plaît plus. L'obligation existe alors dès le principe, et la volonté n'est réservée qu'afin de la dissoudre, et non de la faire naître.

18. Bien que l'article 1588 porte que la vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive, nous pensons cependant que cette présomption n'exclut pas la preuve du contraire. Il peut donc résulter des termes de la convention, que les parties ont fait de la condition d'essai une condition non suspensive, mais résolutoire. Mais il faudra qu'il soit bien établi qu'elles ont voulu déroger aux règles ordinaires du droit commun. Autrement, la présomption de la loi conserverait toute son autorité. Les juges auront par là le moyen de satisfaire la commune intention des parties, et de remplacer les rigueurs de la présomption par les facilités d'une interprétation équitable.

Il ne paraît pas, au surplus, que le droit romain eût posé de présomption légale à cet égard, et considérât les ventes faites à l'essai, comme faites sous condition résolutoire, ainsi que le

(1) L. 3, *ff. De contr. empt.*
(2) L. 31, § 22, *ff. De ædil. edict.*

pense Pothier (1). Il semble, au contraire, que, s'en rapportant aux termes de la convention, tantôt il fait de la condition d'essai une condition résolutoire, *si displicuerit, nisi placuerit* (2), et tantôt une condition suspensive, *si placuerit* (3). Ainsi, une présomption telle quelle, existât-elle en droit romain, cette présomption n'excluait pas la preuve du contraire.

19. Ne croyez pas la distinction sans intérêt. Il n'est pas du tout indifférent qu'il s'agisse d'une condition suspensive, *si placuerit*. L'obligation contractée sous cette dernière condition n'a pas d'effet rétroactif ; car la rétroactivité, ainsi que nous l'avons vu plus haut, la ferait remonter à une époque où elle n'existe pas encore. Au contraire, l'obligation contractée sous la condition résolutoire, *si displicuerit*, existe immédiatement ; c'est sa résolution qui n'existe pas. Il est prouvé qu'elle existe par cela même qu'elle a besoin d'être résolue pour cesser d'exister. De là cette conséquence, que la condition résolutoire défaillie a un effet rétroactif. L'obligation est alors censée avoir toujours existé pure, simple et définitive. Elle s'apprécie enfin dans son caractère et dans ses effets, comme si la condition résolutoire avait eu pour objet, non un acte de pure volonté, mais un évènement tout à fait casuel.

20. Nous devons examiner ici une condition résolutoire potestative d'une espèce particulière : nous voulons parler des arrhes.

Sous l'empire du droit romain, les arrhes consistaient tantôt en une somme d'argent, tantôt en un objet mobilier, comme un anneau (4). Mais leur caractère juridique semble avoir varié. Jusqu'au droit des Institutes, les arrhes ont été un signe de la perfection du contrat (5). Aussi, Cujas (6) les ap-

(1) *Vente*, n° 266.
(2) L. 3 *ff. De contr. empt.* — L. 31, § 22, *De ædil. edict.*
(3) Instit., *De empt. vend.*, § 4.
(4) L. 11, § 6, *ff. De act. empt.*
(5) CAIUS, *Instit.*, 3, 139. — L. 35, *ff. De contr. empt.*
(6) *Obs.*, liv. 11, ch. 17. — Et sur la loi 17, C. *De fide inst.*

pelle-t-il *veluti pignora*, une sorte de gage. En conséquence, si elles consistaient en argent, elles s'imputaient sur le prix; autrement, consistant en un objet mobilier, elles se restituaient après l'exécution du contrat (1).

Ça été parmi les interprètes une grande question de savoir jusqu'à quel point Justinien (2) avait modifié le caractère des arrhes. Les uns ont pensé que les arrhes avaient pris, par sa législation nouvelle, le caractère d'un dédit, soit que la vente fût parfaite ou non (3). Dans ce cas, aucun des contractants ne pouvait impunément se départir de la vente, puisque l'un devait perdre les arrhes qu'il avait données, et l'autre, payer le double de ce qu'il avait reçu. D'autres, au contraire, ont pensé que Justinien avait fait une distinction entre les ventes conclues et arrêtées, et les ventes simplement projetées; que, pour ces dernières seulement, les arrhes avaient reçu un caractère de dédit, tandis que pour les autres elles étaient toujours un signe de contrat parfait et conclu (4).

Il n'est pas étonnant que l'usage ait varié en France comme les opinions; que là on ait pensé, avec Pothier, que la dation d'arrhes n'empêchait pas toujours de poursuivre l'exécution du contrat avec dommages et intérêts; qu'ailleurs, au contraire, ont ait suivi cette opinion de Domat (5) : « S'il n'y a pas de convention expresse qui règle quel sera l'effet des arrhes, contre celui qui manquera d'exécuter la vente, si c'est l'acheteur, il perdra les arrhes, et si c'est le vendeur, il rendra les arrhes et encore autant (6). »

21. Le Code Napoléon est venu; qu'a-t-il décidé? L'article 1590 est le seul qui se soit occupé des arrhes. Il porte que si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes, chacun

(1) L. 11, § 6, *ff. De act. empt.*

(2) Instit., *De vend. empt.*

(3) Voy. Ducaurroy, *Instit. expliq.*, T. 3, n° 1036.

(4) Voy. notamment Pothier, *Vente*, n° 507, et les auteurs cités pour et contre par M. Troplong, *Vente*, n° 138.

(5) Lois civiles, liv. 1, tit. 2, sect. 6, nos 4 et 5.

(6) V. Boucheul, *Poitou*, art. 325, n° 17.

des contractants est maître de s'en départir, celui qui les a données en les perdant, et celui qui les a reçues en restituant le double.

On a présenté sur cet article plusieurs systèmes différents d'interprétation.

Ainsi, M. Maleville (1) reproduit l'opinion de Pothier ; il distingue, comme lui, les arrhes données comme assurance d'un marché projeté, et celles données comme gage d'un marché conclu.

M. Delvincourt est de la même opinion ; seulement il ajoute que, dans le doute, on doit plutôt penser qu'il n'y a eu qu'une simple promesse (2).

M. Duranton (3) ne voit pas non plus de difficulté à dire sous le Code, que l'article 1590 ne reconnaît à la dation d'arrhes le caractère de dédit, que pour les promesses de vente, et non pour les ventes arrêtées et conclues.

Examinant la question avec détails et sous de nouveaux aperçus, M. Troplong (4) fait plusieurs distinctions. S'agit-il d'une vente conditionnelle, dont la constatation même est tenue en suspens par l'obligation de passer contrat, il est à présumer que la dation d'arrhes n'est pas un à-compte, mais qu'elle autorise les parties à se dédire.

S'agit-il d'une vente sous condition résolutoire, comme de la vente d'un diamant, laquelle sera résolue à défaut de retirement (1657), la dation d'arrhes autorisera bien l'acheteur à se dédire, mais le vendeur ne le pourra pas en restituant le double, quoique les arrhes donnent en général une faculté réciproque de dédit. M. Troplong va plus loin : il pense que, dans ce cas, le vendeur aura le choix, ou de se contenter de la somme donnée à titre d'arrhes pour tous dommages et intérêts, ou de poursuivre l'exécution du marché, dans le cas où il la considérerait comme plus avantageuse pour lui.

(1) Sur l'art. 1590.
(2) T. 3, pag. 364.
(3) T. 16, n° 50.
(4) *Vente*, n°s 141 et suiv.

S'agit-il enfin d'une vente pure et simple, les arrhes ne peuvent, suivant lui, être considérées que comme un à-compte sur le prix, comme une plus grande assurance de l'exécution du marché, surtout sous l'empire du Code qui déclare la propriété transmise de droit et le contrat parfait, indépendamment de toute tradition. Or, dit-il, on ne se dédit pas du droit de propriété; se dédire d'un droit acquis et consommé, c'est une idée qui implique contradiction. Et il revient sur cette pensée dans son commentaire du lonage (1), avec une très vive insistance.

Arrêtons-nous ici : voilà des opinions que nous ne partageons pas complètement.

22. Pour éviter toute confusion, nous devons signaler un point préalable. Il ne faut pas confondre avec les arrhes proprement dites, l'argent que l'on donne à titre de denier d'adieu, comme l'appelle Pothier (2), ou de denier à Dieu, comme dit M. Merlin (3). Soit qu'on le donne, suivant les usages du pays, à titre de présent, ou avec une destination soit d'œuvre pie, soit d'imputation sur le payement, ce denier n'autorise jamais un dédit, et n'est qu'un gage, une preuve de la convention.

Il faut en dire autant aujourd'hui de l'anneau des Romains, ou du sou marqué de Pothier (4). La dation de pareils objets est un symbole du contrat formé.

Enfin, il ne faut pas confondre avec les arrhes certaines sommes que l'une des deux parties donne à l'autre, pour sa garantie, et pour sa plus grande assurance de l'exécution de la convention. Ainsi, je loue un appartement à un individu que je ne connais pas. Il exige certaines réparations avant d'entrer en jouissance; je ne veux pas courir le risque de les faire en pure perte, sans une garantie préalable. Je me fais donc remettre par lui une somme d'argent qui puisse me donner

(1) N° 124.
(2) *Vente*, n° 506.
(3) Rép., v° *Denier à Dieu*.
(4) *Vente*, n° 509.

quelque assurance. Si le contrat s'exécute, la somme reçue s'imputera sur le prix; s'il n'est pas exécuté, je pourrai poursuivre ma partie en exécution de ses engagements, et en dommages et intérêts, avec d'autant plus de sécurité que je suis nanti et veillant sur mes gages.

Tel serait encore le cas où, vendant quelque chose à une personne qui ne m'inspire pas une grande confiance, par exemple, à un inconnu sur un champ de foire, je me fais remettre comptant une somme d'argent, même à titre d'arrhes, mais avec l'intention bien manifeste de m'en faire une garantie, une plus grande assurance de l'exécution du marché.

Nous ajoutons sur ce point qu'il ne faut pas s'imaginer que la somme remise en mes mains doive toujours être le maximum de mes dommages et intérêts. Je puis m'en contenter en ne poursuivant pas; mais je puis obtenir davantage par une condamnation judiciaire. Ce qui m'a été remis ne l'a été en effet qu'à titre d'assurance, *veluti pignora*. Or la dation de ce gage exclusivement en ma faveur conserve tous mes droits, en même temps qu'elle me donne plus de garanties.

Réciproquement, si la somme excédait les dommages et intérêts légitimement dus par mon adversaire, il serait en droit de répéter le surplus. Le débiteur pourra donc toujours, comme le créancier, faire arbitrer le montant des dommages et intérêts. L'équité veut cette réciprocité. Telle est d'ailleurs la nature de cette dation, qu'elle ne peut pas plus que la mise d'une chose en gage, diminuer la créance de l'un, ni aggraver la dette de l'autre.

Notons cependant qu'une semblable remise peut constituer une véritable clause pénale, une évaluation anticipée des dommages et intérêts dus en cas d'inexécution. Alors celui qui l'a reçue peut encore poursuivre l'exécution de l'obligation principale (1228), au lieu de garder à titre de réparation conventionnelle ce qu'il s'est fait préalablement payer (1).

Il n'y a rien jusque-là qui ressemble à une faculté de dédit

(1) DOMAT, Lois civiles, liv. 1, tit. 2, sect. 6, nº 4.

soit unilatérale, soit réciproque; et quand M. Troplong (1) donne le nom d'arrhes à la remise de deux mille francs, que je fais à un lapidaire pour vente d'un diamant, laquelle sera résolue de plein droit, faute de retirement dans deux mois, il confond évidemment les arrhes proprement dites, soit avec une somme remise en à-compte sur le prix, ou en garantie d'exécution, soit avec une clause pénale payée par anticipation. Il n'admet, en effet, dans ce cas, de part ni d'autre, aucune faculté de dédit, puisqu'il autorise l'acheteur à poursuivre le vendeur en exécution du marché, et celui-ci à poursuivre l'acheteur eu payement de plus forts dommages et intérêts (2). Or, le caractère essentiel des arrhes, c'est de donner aux parties la faculté de se dédire, à l'une, moyennant la perte de ce qu'elle a payé, à l'autre, moyennant la restitution du double.

23. Il ne sera sans doute pas toujours facile de savoir si une remise d'argent a été faite à titre d'arrhes. Dans ce cas, les juges examineront, d'après l'intention commune des parties, les circonstances et les diverses clauses du contrat, si cette remise a eu lieu dans le but de constituer précisément des arrhes-dédit, avec le caractère et la portée que leur donne l'article 1590. Voici au surplus quelques règles d'interprétation.

Il n'est guère dans les usages actuels de remettre une somme d'argent, en signe de la conclusion d'un contrat. On devra donc croire, de préférence, qu'une semblable remise a été faite à titre d'arrhes (3).

Il n'est pas ordinaire non plus de commencer par payer avant d'avoir reçu délivrance de la chose. Dans le doute, on considérera la somme remise plutôt comme arrhes proprement dites, que comme à-compte sur le prix. Si donc il s'agit d'un contrat soumis à une condition suspensive, nous croirons de préférence à des arrhes-dédit (4).

(1) *Vente*, n° 143.
(2) *Vente*, n° 144.
(3) MERLIN, Rép., v° *Denier à Dieu*.—DUVERGIER, *Vente*, T. 1, n° 137.
(4) TROPLONG, *Vente*, n° 142. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 389, n^te^ 26.

De même, s'il manque quelque chose à la perfection du contrat, si, par exemple, nous sommes convenus d'en passer acte authentique, la somme remise auparavant devra, dans le doute, être considérée comme arrhes emportant faculté de dédit. Ce n'est pas que la condition de passer contrat soit une condition véritable, car là vente existe pure et simple, indépendamment de sa preuve; et d'ailleurs les partis peuvent réciproquement se contraindre à la passation de l'acte; mais comme il manque encore quelque chose à l'entière perfection du contrat, et qu'un payement par anticipation sur le prix, ou sur les dommages et intérêts éventuels en cas d'inexécution, n'est pas dans les habitudes ordinaires des contractants, il vaut mieux croire de préférence à des arrhes-dédit (1).

Ce sont là autant de points qui appartiennent à l'interprétation des actes (2).

24. Si, d'après l'article 1590, il n'y a pas de doute que les arrhes proprement dites emportent, dans les promesses de vente, faculté de dédit de part et d'autre, nous avons vu que MM. Delvincourt, Troplong et Duranton leur dénient ce caractère, alors qu'il s'agit d'une vente actuelle, consentie purement et simplement.

Nous entrons ici dans la difficulté.

On nous accordera sans peine que l'article 1590 n'est pas exclusivement spécial à la vente, qu'il contient un principe applicable à toute espèce de contrats. Or, le meilleur système d'interprétation ne sera-t-il pas celui qui, sans faire violence aux termes de la loi, leur donnera cependant un sens tel qu'ils régiront les conventions de toutes sortes? Cette interprétation aura du moins l'inappréciable avantage de l'unité dans le principe et de l'uniformité dans l'application.

Nous pensons donc que les arrhes autorisent essentiellement les parties à se dédire, l'une, en perdant ce qu'elle a donné, l'autre, en rendant le double de ce qu'elle a reçu, soit

(1) TROPLONG, *Vente*, nos 141 et 142. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 389, nte 26.
(2) Voy. Dijon, 15 janv. 1845. SIREY, 46, 2, 163.

qu'il s'agisse d'une promesse de vente ou d'une promesse de louage, soit qu'il s'agisse d'un contrat de vente ou de louage actuel, pur et simple (1).

Plus conséquent avec lui-même, M. Duranton pense que les arrhes n'emportent pas dédit dans un contrat pur et simple de louage (2). M. Troplong (3) croit, au contraire, que, à la différence du cas de vente, il y a faculté de se dédire. Les principes, constamment uns, que nous allons essayer d'établir nous épargneront du moins la nécessité de ces exceptions.

Mais il faut avant tout prévenir une nouvelle confusion. Quand ces auteurs parlent de contrats purs et simples, ils n'entendent pas par là un contrat qui a reçu son exécution. Si en effet le contrat avait été exécuté, en supposant qu'il eût été hors de doute que les arrhes données autorisaient les contractants à se dédire, l'exécution volontaire de leurs obligations respectives aurait emporté renonciation tacite à cette faculté; et les arrhes s'imputeraient alors sur le prix. Que l'on sache bien qu'il n'y a d'arrhes-dédit que tant que les choses sont demeurées entières, tant que le contrat n'a reçu aucun commencement d'exécution. Car il y aurait contradiction entre l'exécution et le dédit. Ainsi, on ne donne pas d'arrhes quand on exécute, et, si on exécute après la dation d'arrhes, il n'y a plus moyen de se dédire. Du moins les arrhes seules, indépendamment de toute autre condition ou clause, ne donneraient pas ou ne conserveraient pas cette faculté, en opposition avec une exécution volontaire.

Mais on suppose une vente pure et simple, en ce sens que les obligations qui en dérivent existent actuellement, qu'il y ait terme ou non. Ainsi, je vous vends mon cheval, ma maison. Vous n'en prenez pas délivrance de suite, et vous me

(1) Voy. *Conf.* Duvergier, *Vente*, t. 1, n° 140. — Zachariæ, t. 2, pag. 389, n^te 25.
(2) T, 17, n° 49.
(3) *Louage*, n° 124.

donnez tant, expressément à titre d'arrhes. Aurons-nous l'un et l'autre la faculté de nous dédire? Voilà la question, et nous disons : oui.

Nous avons déjà vu qu'à cet égard les opinions variaient, que Domat disait oui, et Pothier, non. Domat ne distinguait pas entre les promesses de vente et les ventes actuelles. Il disait : « S'il n'y a pas de convention expresse qui règle quel sera l'effet des arrhes contre celui qui manquera d'exécuter la vente; si c'est l'acheteur, il perdra les arrhes; et si c'est le vendeur, il rendra les arrhes et encore autant. » *La vente*, sans distinction. Or Domat, aussi bien que Pothier, a servi de guide aux rédacteurs du Code Napoléon.

M. Grenier, dans son rapport au Corps législatif, nous fait suffisamment connaître auquel des deux ils ont donné la préférence. « Les idées, dit-il, n'étaient pas fixées à ce sujet; les usages variaient. Il ne pourra plus à l'avenir y avoir difficulté (vanité de tous les législateurs!). La délivrance et la réception des arrhes déterminent le caractère et l'effet de l'engagement, en le réduisant à une simple promesse de vendre dont on pourra se désister sous les conditions établies dans l'acte. » Ces expressions de l'orateur du tribunat ne sont-elles pas assez claires, assez précises? N'est-il pas évident que les rédacteurs du Code ont entendu suivre l'opinion de Domat? Au moyen des arrhes, l'engagement, vente ou louage, est réduit, à défaut d'exécution immédiate, et grâce à la faculté de dédit, à une simple promesse de vendre ou de louer. Voilà pourquoi l'article 1590, donnant au contrat le nom qui lui convient, d'après ses effets ainsi définis, parle d'une promesse de vente.

Cependant M. Troplong insiste, et son plus grand argument est que la vente transfère immédiatement la propriété sans tradition; que si l'on peut se dédire d'un contrat, on ne peut se dédire d'un droit acquis; qu'il faudrait démontrer, chose difficile, qu'il est vraisemblable que les parties ont entendu, par la dation d'arrhes, se réserver la faculté de revenir sur ce qui était consommé.

Pour nous, nous ne voyons pas en quoi la perfection de la

vente par le seul consentement des parties, en quoi la transmission de la propriété par la seule force du contrat s'opposent à ce que les arrhes puissent avoir un caractère de dédit. M. Troplong n'a-t-il pas démontré que le louage transfère un droit réel sur la chose, *jus in re,* sinon de propriété, du moins de jouissance? Or, si telle est la vertu des droits acquis que l'on ne puisse, en les acquérant, se réserver la faculté de s'en départir, c'est lui qui le dit, pourquoi les arrhes données en matière de louage autorisent-elles, suivant lui, les parties à se dédire? N'est-ce pas là une inconséquence que ne saurait sauver cette circonstance, à savoir que la vente transmet un droit réel de propriété, et le louage, un droit réel de jouissance?

Mais le caractère des arrhes nous semble devoir être apprécié en dehors des effets légaux du contrat, par la raison toute simple que leur remise soulève une question d'intention. On ne peut en effet contester aux parties le droit de modifier comme elles l'entendent la convention qu'elles forment; de lui faire produire certains résultats qu'autrement elle ne produirait pas; de se réserver certains droits, certaines facultés qu'autrement elles n'auraient point. Eh bien, toute la question se réduit à ceci : qu'ont voulu faire les contractants, en donnant et recevant des arrhes? Pure question d'intention et de volonté, indépendante des règles posées d'autorité par la loi pour les cas seulement où les parties ne les ont pas conventionnellement modifiées.

Qu'importe donc que la vente transfère immédiatement la propriété? Ne sont-elles pas maîtresses de la modifier, tout aussi bien qu'une promesse de vente, ni plus ni moins obligatoire? N'ont-elles pas pu dire : « Nous nous réservons néanmoins une faculté réciproque de dédit. Mais il ne faut pas que la rétractation se fasse impunément; moi, acquéreur je vous donne cent francs à titre d'arrhes. Nous pourrons dès lors discéder du contrat, moi, en les perdant, vous, en me rendant le double. Ainsi, en même temps que nous convenons d'une faculté de dédit, nous en stipulons la peine, et, par ce moyen,

l'exécution de notre contrat n'en est peut-être que mieux assurée. » Voilà ce que les parties peuvent faire et ce qu'elles font en se donnant des arrhes. La remise par elles d'une somme d'argent, à ce titre, contient virtuellement cette convention accessoire; c'est comme si elles en étaient expressément convenues. Et, en cas de dédit, notons ce point, ce n'est pas une vente nouvelle et rétrotranslative, une revente consentie par l'acheteur au vendeur, une vente qui fait repasser dans les mains de celui-ci la chose grevée de charges et d'hypothèques nouvelles du chef de l'acheteur; c'est tout simplement la résolution rétroactive du contrat, par suite de l'accomplissement de la condition contenue dans toute faculté de dédit, *si displicuerit*, sauf la peine que renferme toute dation d'arrhes, de les perdre ou de les rendre au double.

Il ne faut donc pas dire que les choses ne sont point entières, parce que la propriété est acquise de droit. Elles sont entières en ce sens, que les parties n'ont point définitivement adhéré au contrat, et se sont réservé une faculté de rétractation. Elles ne cessent d'être entières que lorsque les contractants ont donné une adhésion définitive et irrévocable, soit en renonçant expressément à la faculté réservée, soit en faisant un acte d'exécution volontaire qui implique renonciation.

Que si les parties se rétractent, il ne faut pas dire non plus qu'elles se dédisent d'un droit acquis, et tenter ainsi de faire croire par l'absurdité des mots à l'absurdité des choses. Non, elles ne se dédisent pas d'un droit acquis, ce qui est ridicule dans l'expression; mais elles se dédisent d'un contrat qui, sans la faculté de rétractation convenue, aurait effectivement transféré des droits irrévocablement acquis. Et il n'y a là rien d'absurde ni de malsonnant; on ne peut du moins le prétendre qu'en se fondant sur une pure équivoque. Que maintenant les parties, quand elles veulent modifier une vente de sa nature pure et simple, par la stipulation d'une faculté de dédit sous telles et telles conditions, ne puissent le faire que d'un commun accord, soit; comme le contrat est fait purement et simplement, chacune d'elles est maîtresse d'accéder

à cette modification ou de ne pas l'accepter. Mais du moment que l'une reçoit une somme, à titre d'arrhes, nous disons qu'elle se réserve et concède par là même à l'autre une faculté de dédit, sous les conditions contenues dans toute dation d'arrhes.

25. La réciprocité du droit de rétractation est de la nature des arrhes; mais elle n'est pas de leur essence. Il peut donc arriver que telle partie ait le droit de se dédire et que l'autre ne l'ait pas. Lorsqu'elle n'est pas réciproque, cette faculté appartient le plus souvent à celle qui a donné les arrhes. Nous en trouvons notamment un exemple en matière de louage. J'arrête une place dans telle voiture, pour tel jour; je dépose tant pour arrhes. Je puis me dédire de la convention de louage, en perdant la somme remise, et l'entrepreneur des transports n'a plus rien à me demander. Il est censé s'être contenté dès le principe de cette somme pour toute indemnité, en cas d'inexécution du contrat. Mais si j'ai pu me dédire en perdant mes arrhes, il ne peut lui se rétracter en me les restituant au double. Il est lié; et s'il manquait à son engagement, je pourrais le poursuivre en tels dommages et intérêts que de droit. Cette question de réciprocité est au surplus une question de fait et d'usage, sur laquelle par conséquent nous ne devons pas trop insister.

26. Quelquefois encore la rétractation s'exerce purement et simplement d'un côté, tandis que de l'autre il y a perte des arrhes. Tel est le cas où l'on fait, avec remise d'arrhes, une promesse unilatérale de vendre, d'acheter, de louer... Le promettant qui a donné des arrhes ne peut se dédire qu'en les perdant, tandis que l'autre partie qui les a reçues, trouvant dans la convention même le droit absolu de s'en départir, puisqu'elle ne s'est pas obligée, n'a, si elle en use, qu'à restituer les arrhes reçues, sans les rendre au double.

Article 1175.

Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût.

Sommaire.

1. L'article 1175 contient l'application aux conditions du principe posé dans l'article 1156.
2. La condition doit être accomplie *in formâ specificâ*. Conditions potestatives.
3. Exemple de la condition de donner tant à un mineur.
4. La condition de donner peut être accomplie par toute personne.
5. Distinction à cet égard entre les conditions de faire.
6. Celles-ci ne sont pas toujours transmissibles aux héritiers. Distinction.
7. Les conditions casuelles ou mixtes doivent être accomplies *in formâ specificâ*
8. Difficultés d'interprétation.
9. Exemple. S'il décède sans enfants, s'il a des enfants, etc..... Ce que comprend le mot enfants.
10. L'enfant mort civilement ne compte point.
11. Il importe peu qu'il soit héritier du père.
12. En cas de mort dans un accident commun, on suit les règles posées par la loi, relativement à la présomption de survie.
13. Peu importe de quel mariage sont issus les enfants, s'il n'y a d'indication spéciale.
14. Si vous vous mariez. Sens de cette condition.
15. Elle n'est pas accomplie par le mariage spirituel.
16. Si la mort civile équivaut à la mort naturelle. Distinction.
17. S'il se marie; il faut un mariage valable.
18. Si tel âge est atteint; il faut que le temps soit révolu.
19. La condition qui s'accomplit une fois pour toutes, peut l'être n'importe quand. Exemples.
20. Il en est autrement si le fait peut se renouveler. Exemples.
21. Ou s'il doit persévérer.
22. Il ne suffit pas d'avoir commencé l'exécution de la condition.
23. La bonne volonté ne suffit point.
24. Distinction entre les conditions conjonctives et alternatives.
25. Difficultés d'interprétation.
26. Des conditions négatives : commencement d'infraction.
27. Si la condition est présumée répétée pour toutes les parties d'un contrat.
28. Les faits de contrainte ne servent pas à l'accomplissement des conditions potestatives.

29. Si vous vendez, cette condition est en général accomplie par l'expropriation.
30. L'exécution de la condition potestative se fait en connaissance de cause.
31. L'exécution de la condition est indivisible.
32. En cas d'éviction, il y a lieu à réduction proportionnelle, si la chose est divisible.
33. La condition ne cesse pas d'être indivisible si plusieurs sont substitués à un seul.
34. Elle est indivisible à l'égard des héritiers.
35. Elle est divisible si elle est imposée à plusieurs. Critique d'une opinion de Pothier et de Dumoulin.
36. Suite. Distinctions.
37. Comment se fait l'accroissement du legs conditionnel en faveur de celui qui a satisfait à toute la condition?
38. De la condition indivisible imposée à plusieurs. Texte du droit romain. Distinction.
39. *Quid*, si la condition doit être accomplie à l'égard de plusieurs personnes? Distinction.
40. Le mineur, l'interdit, la femme mariée peuvent accomplir la condition, sauf rescision du fait juridique, s'il y a lieu.

COMMENTAIRE.

1. En disposant que toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût, l'article 1175 ne fait qu'appliquer au cas spécial d'une condition la règle générale d'interprétation contenue dans l'article 1156 (1). Il nous suffit donc de renvoyer au commentaire de cet article, en nous bornant à répéter ici que, s'il est vrai que dans les conventions on doive rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes, il est vrai aussi que toutes les fois que la clause ne présente ni doute, ni ambiguité, il faudra s'en tenir à ses dispositions claires et précises, sans chercher à en torturer et à en dénaturer le sens, par les efforts d'une interprétation qu'elle n'admet point.

Mais il est plus facile au législateur de poser une règle d'in-

(1) Voy. l. 101 et 19, *ff. De cond. et dem.* — POTHIER, *Oblig.*, n° 206.

terprétation qu'au jurisconsulte et au juge de sainement l'appliquer. Aussi, les commentateurs ont-ils essayé, par l'examen d'une très grande variété d'hypothèses, de prévoir et de résoudre d'avance, spécialement ou tout au moins par analogie, la plupart des cas qui peuvent se produire. Examen plus intéressant que complet! Entraîné par l'exemple, nous examinerons comme eux plusieurs cas, brièvement, succinctement, les uns, parce que leur solution peut soulever quelque difficulté digne de discussion, les autres, parce que leur solution évidente ou acceptée éclaire l'intelligence en la reposant. Ce qui ne sera que redites trouvera peut-être sa justification et son excuse dans la nature d'une science qui vit de règles positives et d'anciennes traditions.

2. En considérant les diverses espèces de conditions, nous avons vu que l'accomplissement des unes dépend tantôt de la volonté de l'une ou de l'autre des parties contractantes, au pouvoir de laquelle il est de la faire arriver ou de l'empêcher; tantôt, en tout ou en partie, du hasard ou de la volonté d'un tiers, de telle sorte qu'elle n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur. Cette distinction ne laisse pas d'être fort importante pour l'application de la règle posée dans l'article 1175.

Commençons par les conditions potestatives. Comme dans les conditions de cette nature l'évènement dépend de la volonté de la partie contractante, c'est surtout en cette matière qu'il s'élève de fréquentes questions d'interprétation et d'exécution équipollente.

La règle générale posée par les docteurs (1) est que toute condition doit en principe être accomplie *in formâ specificâ*, dans sa forme spécifique, selon les rigoureuses prévisions du contrat. Cette rigueur dans l'appréciation de l'accomplissement de la condition est commandée par le caractère qui lui est essentiellement propre. Le créancier n'a en effet aucune action contre le débiteur pour le forcer à l'accomplir. Et si l'on

(1) Voy. FURGOLE, *Test.*, ch. 7, sect. 5.

songe encore que le seul agent au pouvoir duquel réside son exécution est ce débiteur lui-même; qu'il dépend de sa seule volonté de la faire arriver ou de l'empêcher; que le créancier n'a rien à attendre ni à espérer que de cette volonté discrétionnaire et relevant d'elle seule, on comprendra parfaitement que le créancier doit trouver dans un accomplissement spécifique les garanties que lui enlève le défaut d'action et de contrainte légale.

Toutes les fois donc que l'acte sera clair et précis, on ne devra rien changer à la manière, au temps, aux circonstances de l'exécution de la condition. En vain prétendrait-on justifier cette altération du contrat, en alléguant une identité de raison, un défaut d'intérêt. Si la loi de la convention doit être strictement maintenue, c'est surtout en fait de conditions potestatives dont l'accomplissement échappe à toute action juridique, et dans la stipulation desquelles la volonté du créancier tient lieu de raison et d'intérêt. Celui à qui la condition est imposée n'a donc pas le droit de l'exécuter autrement qu'elle a été stipulée, sous prétexte qu'il serait plus expédient de le faire. Il doit satisfaire ponctuellement à la condition, avec une obéissance aveugle et une entière soumission (1). Elle ne peut enfin se compenser ni avec un autre fait ni avec une indemnité.

A vrai dire, nous avons beau chercher, nous ne trouvons pas d'exécution possible par équipollent, en dehors de la prévision des parties. Et les exemples divers que nous pourrons citer, sainement compris, ne seront que la confirmation de la règle générale que nous venons d'établir.

3. Par exemple, la condition m'est imposée de donner tant à un mineur, j'exécute valablement en payant entre les mains de son tuteur; et je n'exécute pas régulièrement en payant, sans l'autorisation du tuteur, entre celles du mineur qui dissipe la somme (2). Pourquoi? C'est que celui qui m'a imposé

(1) RICARD, *Disp. cond.*, n° 316.

(2) L. 44, *ff. De cond. et dem.* — POTHIER, *Oblig.*, n° 206. — TOULLIER, T. 6, n° 587.

la condition de payer tant au mineur, a voulu et entendu que je fisse un payement qui lui fût profitable, en des mains capables de recevoir.

De ce que la condition est régulièrement exécutée par le payement fait au tuteur, tandis que l'acte dit en termes exprès, si vous payez tant au mineur, faut-il conclure que cette condition est accomplie par équipollent? Non, car elle est précisément accomplie, sinon comme l'exprime la lettre de la convention, du moins comme le veut son esprit. Son exécution est exclusivement celle que les contractants ont entendue et voulue, et si exclusivement qu'elle ne serait pas accomplie par un payement fait au mineur lui-même, en conformité des termes mêmes du contrat.

Mais il en serait autrement s'il apparaissait, d'après les circonstances, que le payement devait être fait au mineur seul et non au tuteur. La condition ne serait accomplie que si j'avais payé entre ses mains; et elle ne le serait pas par un payement fait entre celles du tuteur, qui peut faire manquer sa destination à la somme remise (1).

4. Lorsque la condition est de donner quelque chose, comme alors elle se résume dans un payement, elle peut être valablement accomplie par toute personne payant pour celui à qui elle est imposée et en son nom. Le stipulant a en effet considéré moins la personne qui payait que le fait même du payement. La condition ne cesse donc pas d'être strictement accomplie, puisque les parties ont vraisemblablement entendu et voulu que son accomplissement ne dépendît pas exclusivement du fait personnel du débiteur (2).

5. La condition consiste-t-elle à faire quelque chose, on se demande si celui a qui elle a été imposée peut valablement être remplacé par un autre dans son exécution. Une distinction est à faire. Elle se fonde sur la nature du fait et l'inten-

(1) Ricard, *Disp. cond.*, n°s 374 et 375.

(2) Toullier, t. 6, n° 591. — Troplong, *Donat.*, n° 308.

tion des contractants. Si le fait apposé comme condition a été considéré comme un fait exclusivement personnel, comme un fait de telle personne à l'exclusion de toute autre, nul doute que la condition ne puisse être accomplie que par la personne pont le fait a été stipulé. Toute autre personne, dût-elle même faire mieux, ne pourrait satisfaire à la condition, son fait n'étant pas celui convenu (1).

Si, au contraire, le fait apposé comme condition a été plutôt considéré seul et en lui-même que comme fait personnel, comme fait exclusivement de telle personne; si, d'après l'intention des parties, il peut être régulièrement remplacé par un autre de même nature; s'il appartient, ainsi que nous les avons souvent dénommés, à la classe des faits fongibles, dans ce cas, la condition peut être accomplie par le fait non seulement de la personne indiquée, mais encore de toute autre agissant pour elle et en son nom (2).

Il ne faut pas au surplus confondre avec les faits exclusivement personnels, ceux qui sans exiger la main-d'œuvre, le travail particulier de la personne à qui la condition est imposée, doivent s'effectuer seulement par ses soins, sous sa surveillance, à ses frais, sans que ces prestations soient exclusivement personnelles. Telles sont les conditions de construire une maison, un monument. A moins de circonstances particulières déduites de la profession, de l'industrie, de l'art de la personne grevée de ces conditions, on ne peut vraisemblablement admettre que l'intention des parties soit qu'elle y travaille elle-même. Elles peuvent donc être accomplies par des tiers (3).

On voit par là qu'il faut appliquer à l'accomplissement des conditions les principes relatifs au payement des obligations. Nous en avons déjà dit quelques mots, à diverses reprises. Nous aurons plus tard à y revenir.

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 207. — TOULLIER, T. 6, n°s 592, 593.
(2) RICARD, *Disp. cond.*, n° 376. — POTHIER, TOULLIER, *ibid.*
(3) TOULLIER; *ibid.*

6. Lorsque le fait est exclusivement attaché à la personne indiquée comme devant l'accomplir, il est évident que ne pouvant être exécuté par aucune autre personne, il ne peut de même l'être par ses héritiers ou successeurs. La condition doit demeurer forcément inaccomplie, avec toutes les conséquences légales de son inexécution.

Si, au contraire, le fait n'est pas personnel et qu'il puisse être indifféremment exécuté par telle ou telle personne, les héritiers et autres successeurs de la personne à qui la condition était imposée sont également aptes à l'accomplir. Telles sont les conséquences de la distinction que nous faisons entre les conditions potestatives, dont nous appellerons les unes propres et les autres communes, pour leur appliquer les mêmes qualifications qu'aux contrats (1).

Et que l'on ne dise point que nous admettons des conditions équipollentes, sous prétexte que nous ne nous en tenons pas servilement à la lettre du contrat. Nous ne faisons en effet que l'interpréter, en recherchant d'abord la commune intention des parties, en dissipant le doute et l'ambiguité, en fixant le sens des termes employés ; puis, si nous admettons une exécution par équipollence, ce n'est que dans les moyens d'exécution, pour assurer à la commune volonté des parties une exécution parfaite dans sa fin principale (2).

7. Lorsque la condition renferme un événement ou un fait dont l'accomplissement dépend en tout ou en partie du hasard ou de la volonté d'un tiers, de telle sorte qu'il n'est pas au pouvoir du créancier ni du débiteur de le faire arriver ou de l'empêcher, comme alors la volonté tient moins de place dans son exécution, on comprend que par cela même il y a moins à interpréter. La condition devra donc toujours être accomplie *in formâ specificâ*, dans sa forme spécifique. Cette sévérité dans l'appréciation de la manière dont elle doit être accomplie est la garantie du stipulant, comme dans le cas de conditions

(1) Voy. art. 1122.
(2) Ricard, *Disp. cond.*, n° 322.

potestatives, parce qu'il est totalement destitué d'action et de moyens de contrainte contre l'agent de la condition.

Ce n'est pas cependant qu'il ne puisse y avoir lieu à interpréter le contrat et à se demander encore ce qu'ont vraisemblablement voulu et entendu les parties contractantes. Supposons en effet une condition dont l'évènement dépende de la volonté d'un tiers, soit qu'il consiste dans la dation d'une chose ou dans la prestation d'un fait. Cette condition devra être appréciée, quant à l'exécution qu'elle doit recevoir, d'après les règles que nous venons de poser pour l'exécution des conditions potestatives. Le paiement devra être fait comme les parties auront vraisemblablement voulu et entendu qu'il le fût; et s'il s'agit de la prestation d'un fait, elle devra également s'accomplir suivant la distinction établie entre les faits personnels et les faits non personnels (1).

8. La condition dépend-elle purement du hasard, d'une force majeure? Comme les agents de son exécution sont perpétuels et constamment uns, on n'a plus, dans l'interprétation du contrat et dans l'appréciation de l'évènement, à se préoccuper des questions personnelles. Mais il n'en reste pas moins de sérieuses et graves difficultés dans l'application, difficultés de fait qu'il ne faut pas imputer à la loi, mais seulement à l'obscurité, à l'ambiguité des contrats.

9. Posons quelques exemples.

S'il décède sans enfants : peu importe qu'il en ait eu, pourvu qu'à sa mort il n'en ait plus.

S'il a des enfants, quand il aura des enfants : la condition sera accomplie s'il en a, aussitôt qu'il en aura; et peu importe qu'il cesse d'en avoir (2).

S'il décède avec des enfants, s'il laisse des enfants : un seul suffit, fille ou garçon, pour l'accomplissement de la condition. Car, en supposant cette autre condition, s'il décède sans en-

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 207.
(2) L. 4, C. *Quando disc. leg. ced.*

fants : il suffit qu'un seul enfant survive pour que la condition soit défaillie, *conditio deficit ex voluntate vel uno filio superstite relicto* (1). Le pluriel est pris alors pour le singulier. On ne peut dire en effet qu'il soit sans enfants, de celui qui a une fille ou un garçon : *Non est sine liberis cui vel unus filius unave filia est* (2).

Le mot enfant comprend tous les sexes, filles et garçons. Enfants, correspond en français à *liberi* en latin (3).

Enfants, s'entend de tous descendants en ligne directe (4). Mais leurs petits-enfants ne comptent que pour un, en représentation de leur auteur, de telle sorte que si la condition exigeait plusieurs enfants au premier degré, elle ne serait pas accomplie s'il n'y en avait qu'un, quel que fût d'ailleurs le nombre de ses enfants.

La conception suffit pour l'accomplissement de la condition avec enfants, pourvu toutefois que l'enfant naisse vivant et viable, si peu qu'il vive. Les enfants mort-nés ne sauraient être pris en considération. *Qui mortui nascuntur neque nati neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt* (5).

Comme le mot enfants s'applique aux enfants par excellence, aux enfants légitimes, il ne comprend pas les enfants naturels (6), soit qu'ils soient nés au moment où la condition a été apposée, soit qu'il soient nés depuis. Nous repoussons donc la distinction de Ricard (7) qui admet comme compris dans la condition ceux nés au temps de la condition, et repousse ceux à naître. Il est vrai que, quant aux premiers, le vice n'est pas encouragé, puisqu'ils sont déjà nés ; mais qu'importe, si d'un autre côté le mot enfants, dans son acception habituelle et

(1) L. 101, § 1, *ff. De cond. et dem.*
(2) L. 148, *ff. De verb. signif.*
(3) L. 148 et 149, *ibid.* — RICARD, *Disp. cond.*, n° 472.
(4) RICARD, *Disp. cond.*, n° 474.
(5) L. 129, *ff. De verb. signif.*
(6) Bordeaux, 4 décembre 1851. SIREY, 52, 2, 35.
(7) *Disp. cond.*, n°s 519 et 532.

légale, ne peut raisonnablement s'appliquer qu'aux enfants légitimes? Le plus souvent d'ailleurs les circonstances en fixeront le sens.

Quant aux enfants légitimés par mariage subséquent, ils ont les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage (333). Ils sont évidemment compris dans la condition (1).

Les enfants adoptifs y sont-ils également compris? Le droit romain (2) n'a pas voulu que l'héritier chargé d'un fidéicommis pût à sa volonté le faire défaillir au moyen de l'adoption. Il n'a pas voulu, de quelque faveur qu'il ait entouré les enfants adoptifs, aller cependant jusqu'à faire céder la vérité à la fiction, et assimiler à une paternité naturelle et légitime une paternité fictive, qui n'était que le résultat de l'artifice de la loi et de la volonté de l'adoptant (3).

On doit porter la même décision sous le Code Napoléon. Le mot enfants, inséré dans une condition sans explication qui en étende le sens, ne comprend point les enfants adoptifs. Nous voyons en effet que la condition révocatoire tacite pour survenance d'enfants, sous-entendue dans toute donation, n'est accomplie que par la survenance d'un enfant légitime du donateur, ou par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent (960). Les enfants adoptifs sont donc exclus (4).

10. L'enfant mort civilement ne doit plus compter pour la défaillance ou pour l'accomplisement de la condition. C'est comme s'il était mort naturellement. Aux yeux de la loi, la mort civile et la mort naturelle sont tout un. La fiction est ici égale à la vérité. Se préoccupant de l'intérêt que peut avoir le père à compter comme vivant son enfant frappé de mort civile, Ricard (5) prétend à tort que cet enfant doit être pris en con-

(1) Ricard, *Disp. cond.*, n° 534.

(2) L. 76, *ff. De cond. et dem.*

(3) Ricard, *Disp. cond.*, n° 542.

(4) Duranton, t. 8, n° 581. — Toullier, t. 5, n° 303. — Grenier, *De l'adoption*, n° 39. — Troplong, *Donat.*, n° 1373.

(5) *Disp. cond.*, n° 549.

sidération jusqu'à ce qu'il soit frappé de mort naturelle, parce que la mort civile est la conséquence d'une peine, et qu'elle ne doit pas rejaillir sur le père. C'est placer la question sous un faux point de vue, que de l'examiner ainsi au point de vue de l'intérêt du père de famille. Car si dans tel cas de condition il importe au père que son enfant mort civilement soit compté comme vivant, dans tel autre cas, il lui importe, au contraire, qu'il soit compté comme mort. La véritable raison de décider est donc ailleurs.

Elle est dans cette double circonstance, d'une part, que les parties contractantes, en supposant l'existence ou la non existence d'enfants, ont vraisemblablement entendu parler d'enfants qui eussent une existence et un état civils, qui fussent des personnes civiles, jouissant de leurs droits, alors même qu'ils ne les exerceraient pas personnellement; et, d'autre part, que la mort civile est assimilée par la loi à la mort naturelle, de telle sorte que celui qui en est frappé est réputé mort, dans les principes et l'application du droit (25). Ce point nous paraît aussi vrai que celui-ci : à savoir, que la donation est révoquée par la survenance d'un enfant, lorsqu'au moment où elle a été faite, le donateur n'avait qu'un enfant frappé de mort civile. Les auteurs se prononcent en général et avec grande raison, dans ce cas, pour la révocation de la donation, comme si l'enfant était mort naturellement (1).

11. Il est au surplus indifférent, pour la défaillance ou pour l'acccomplissement de la condition, que l'enfant soit ou ne soit pas héritier du père. Ce que la condition a en vue, c'est son existence comme enfant, abstraction faite de sa qualité d'héritier. Peu importe donc qu'il soit exhérédé, déclaré indigne ou renonçant (2).

12. Comme ces conditions, s'il décède sans enfants, s'il

(1) DURANTON, T. 8, n° 578. GRENIER, *Donat.*, T. 1, n° 181. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 365. — TROPLONG, *Donat.*, n° 1379. — *Contrà*, TOULLIER, T. 5, n° 300.

(2) L. 114, § 13, *ff. De leg.*, 1° — RICARD, *Disp. cond.*, n° 549.

laisse des enfants, soulèvent dans l'examen de leur accomplissement ou de leur défaillance une question de survie, soit du père, soit des enfants, s'ils périssent dans un accident commun, il faudra, pour déterminer lequel a péri le premier, suivre les règles tracées par la loi elle-même, relativement aux présomptions de survivance dans ce cas (720). Elles sont trop sages et trop bien fondées, pour ne pas êtres importées de la matière des successions dans celles des contrats.

13. Il importe peu de quel mariage soient issus les enfants, à moins que les diverses circonstances du contrat n'indiquent que les parties ont eu en vue des enfants à naître, soit du mariage actuel de celui à qui la condition est imposée, soit de son futur mariage avec une personne déterminée. C'est ce qui a lieu pour les donations faites à l'un des époux par contrat de mariage, dans les termes des articles 1082, 1084, 1086, lesquelles sont caduques, si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité (1089). Quelle postérité? Celle issue du mariage en vue duquel la donation a été faite (1).

14. Si vous vous mariez : la condition est accomplie par votre mariage, n'importe avec qui; mais elle ne serait pas exécutée, si, la condition contenant indication d'une personne déterminée, vous en épousiez une autre.

Ricard (2) cite l'espèce suivante : une donation est faite, et par contre-lettre le donataire reconnaît que cette donation a eu lieu en faveur d'un mariage alors projeté avec telle personne, lequel ne se faisant pas, elle ne doit avoir aucun effet. Ce mariage manque, et le donataire en contracte un autre. Jusque-là, la condition de la donation n'est certainement pas accomplie. Mais voici les circonstances particulières qui firent néanmoins décider que la condition avait été suffisamment exécutée. Bien que le donateur eût gardé la contre-lettre dont

(1) MERLIN, Rép., v° *Inst. contract.*, § 12, n° 9. — DURANTON, T. 9, n° 722. — TOULLIER, T. 5, n° 842. — TROPLONG, *Donat.*, n° 2488.

(2) *Disp. cond.*, n° 323.

ses héritiers se prévalaient pour demander la révocation de la donation, il fut jugé qu'il y avait renoncé, parce qu'il avait vécu dix ou douze ans sans s'en prévaloir, et que, dans le temps, il avait adressé au donataire une lettre de compliments sur son mariage. Ces circonstances étaient en effet de nature à établir que l'intention du donateur avait été suffisamment remplie, et qu'il avait substitué lui-même, pour l'accomplissement de la condition, la célébration du second mariage à celle du premier, dont la prévision n'avait eu ainsi dans sa pensée rien d'exclusivement spécial.

Sous l'empire du Code, il y aurait à juger de la même manière. Mais l'on comprend que les tribunaux doivent se montrer sévères, dans l'appréciation des éléments produits pour établir l'existence d'une volonté qui est contredite par les termes mêmes de la convention.

15. Justinien (1) admit le mariage spirituel comme équivalent du mariage naturel, et tint en conséquence la condition, si vous vous mariez, si vous avez des enfants, pour accomplie par la profession de vœux religieux et l'entrée dans les ordres sacrés. Cette disposition, généralement repoussée par notre ancienne jurisprudence (2), doit être moins que jamais admise sous le Code Napoléon. Il ne faudrait rien moins qu'une faveur exagérée et inexplicable à l'égard des professions religieuses, pour faire à ce point violence à la volonté des contractants.

16. C'était autrefois une grande question de doctrine et de jurisprudence que celle de savoir si la mort civile équivalait à la mort naturelle, pour donner ouverture aux droits de substitution, de retour, aux restitutions de dot, aux gains de survie (3). Elle se trouve aujourd'hui tranchée par divers textes

(1) Novelle, 123, ch. 37.

(2) Voy. Ricard, *Disp. cond.*, nos 324 et suiv.

(3) Voy. Ricard, *Disp. cond.*, nos 329 et suiv. — D'Olive, *Quest. not.*, liv. 5, ch. 8. — Larocheflavin, liv. 2, tit. 4, lettre M, no 33. — Louet,

du Code Napoléon (25, 1053, 1441, 227). Elle reste néanmoins entière en ce qui touche l'accomplissement de ces conditions, par exemple, si vous mourez avant telle époque, si vous mourez avant moi, si tel me survit. Nous pensons que lorsqu'il s'agit de vérifier l'exécution de semblables conditions, il faut distinguer en quel sens le cas de mort a été apposé; s'il l'a été comme fait juridique et civil donnant ouverture à des droits subordonnés à l'évènement du décès; ou bien, au contraire, comme pur fait naturel, en dehors de toute fiction légale, comme dans l'article 1982 relatif à la rente viagère. Dans le premier cas, la mort civile équivaut à la mort naturelle; dans le second cas, elle ne lui équipolle point. La nature du contrat et des droits qui en résultent, la fin que se sont proposée les parties, serviront à éclairer et à diriger le juge dans l'application à faire aux diverses espèces de la distinction que nous avons posée (1). Du reste, la mort civile a été abrogée par la loi du 31 mai 1854.

17. S'il se marie : la condition ne sera pas accomplie par un mariage invalide et nul (2).

Elle ne le serait pas non plus par l'approche et les préparatifs du mariage (3).

18. Si tel âge est atteint : il ne suffit pas pour l'accomplissement de la condition d'avoir commencé l'année dont la révolution complète constitue seule l'évènement prévu (4).

19. Si le fait prévu dans la condition est de telle nature qu'il doive s'accomplir une fois pour toutes, on comprend parfaitement qu'il peut valablement se trouver tout accompli, soit au moment où la condition est apposée, soit au moment

lettre C, n° 26. — Despeisses, t. 2, p. 1, tit. 2, sect. 6, art. 4, n° 36. — Boucheul, *Poitou*, art. 212, nos 22 et suiv.

(1) Voy. Toullier, t. 6, n° 617. — Troplong, *Don.*, n° 306.

(2) L. 10, *ff. De cond. et dem.*

(3) L. 24, C. *De nuptiis.*

(4) L. 49, *ff. De leg.*, 1°. — L. 5, C. *Quando dies leg. ced.*

où l'acte peut produire ses effets. Il est en effet indifférent qu'elle soit accomplie un peu plus tôt ou un peu plus tard. L'important est qu'elle le soit. Telle est cette condition mise dans un testament, si ma fille se marie. La loi romaine (1) décide qu'il suffit que la fille se soit mariée du vivant du testateur, parce qu'il n'a voulu qu'une chose, l'accomplissement de la condition, n'importe à quelle époque, alors surtout que le fait doit s'accomplir tout d'une fois. *Impleri solummodo conditionem voluerit, non satis egerit quando, præsertim cum conditio hæc talis est ut semel impleri debeat.*

Que si nous supposons une donation ou tout autre contrat, il suffira, par les mêmes raisons, que le mariage ait eu lieu, même avant qu'il ait été pris pour condition. Inutile sans doute d'observer que, dans ce cas, il n'y a pas de condition véritable, à défaut d'un évènement futur et incertain, et que l'obligation est absolument pure et simple.

Telles sont encore ces conditions, lorsqu'il aura atteint sa majorité, *cum pubes erit* (2), si tel vaisseau arrive d'Asie, *si navis ex Asiâ venerit* (3). Il sera satisfait à la condition, à quelque époque qu'il ait atteint sa majorité, que le vaisseau soit venu; *quandoque venerit navis, conditioni paritum videtur*.

Nous supposons que celui qui a apposé la condition a ignoré l'arrivée du vaisseau ; car s'il l'avait connue, il faudrait que le vaisseau arrivât ultérieurement, fît un autre voyage. Son arrivée étant un fait qui peut se réitérer, on ne peut supposer raisonnablement que les parties se soient référées à un fait passé et qu'elles savaient accompli.

De même, cette condition, si vous avez des enfants, doit s'entendre d'enfants à naître, le stipulant sachant que vous en avez déjà (4).

Si vous vous mariez, le stipulant sachant que vous êtes déjà marié, cette condition ne peut également s'entendre que d'un

(1) L. 10, *ff. De cond. et dem.*
(2) L. 10, § 1, *ff. De cond. et dem.*
(3) L. 2 et 10, § 1, *ff. De cond. et dem.*
(4) L. 9, 61, *ff. De cond. et dem.*

autre mariage, d'un convol (1), mais n'importe à quelle époque.

20. S'il s'agissait d'une condition potestative de la part de celui qui doit l'accomplir, comme celle-ci, s'il va à Paris, s'il monte au Capitole, *si Capitolium ascenderit;* comme le fait peut indéfiniment se renouveler, il ne peut être valablement satisfait à la condition qu'au moment où l'acte doit produire ses effets. Ainsi, la condition ne sera pas accomplie régulièrement du vivant du testateur (2), s'il s'agit d'un testament.

Mais si les faits antérieurs ne satisfont pas à la condition, ils ne peuvent non plus préjudicier à son accomplissement. Ils ne doivent être pris en considération ni pour la faire réputer accomplie, ni pour la faire réputer défaillie. Les choses demeurent entières. Ainsi, cette condition, si vous n'allez pas à Paris, pourra être valablement accomplie après le décès du testateur, bien que vous y soyez allé de son vivant. Ne pouvant l'accomplir, il est juste que vous ne puissiez l'enfreindre.

21. Lorsque la condition apposée contient un fait qui doit présenter une certaine durée, une certaine persévérance, il est évident qu'elle ne peut s'accomplir comme celle qui s'exécute d'un coup et tout d'une fois. La nature même du fait veut qu'il dure et persévère; car l'accomplissement que la condition a pu recevoir déjà n'est qu'un commencement d'exécution, qui doit attendre sa perfection de l'avenir. Telle est cette condition, si vous ne vous faites pas prêtre. Sa nature résiste à ce qu'elle puisse être valablement accomplie avant que l'acte qui la contient doive produire ses effets.

22. Il ne suffit pas d'avoir commencé et de s'être mis en devoir d'accomplir la condition. Tant qu'il manque quelque chose à son accomplissement, elle ne peut être réputée accomplie. Elle ne l'est que lorsque son exécution est absolument parfaite (3).

(1) L. 68, *ff. De cond. et dem.*
(2) L. 2, *ff. De cond. et dem.*
(3) Ricard, *Disp. cond.*, n° 318.

23. A plus forte raison, la bonne volonté seule de celui qui doit l'accomplir ne peut-elle tenir lieu d'exécution. Quand bien même on n'aurait à lui reprocher ni faute, ni négligence personnelle; quand bien même l'occasion ne se serait point présentée, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure, la condition n'en demeure pas moins inexécutée (1). Telle est la condition; si vous épousez telle personne, et qu'elle vienne à décéder même avant d'être nubile (2).

24. Lorsque plusieurs conditions sont apposées, il faut distinguer si elles sont conjonctives ou alternatives. Sont-elles conjonctives, comme dans ce cas, si je me marie et si je suis nommé magistrat, il faut qu'elles soient toutes exécutées, comme s'il n'y en avait qu'une. *Si plures conditiones conjunctim datæ sunt, omnibus parendum est, quia unius loco habentur* (3).

Mais si les conditions sont alternatives, *si disjunctim*, comme dans ce cas, si je me marie ou si je suis nommé magistrat, il suffit qu'une d'elles seulement soit accomplie (4). Et, dans ce cas, si les conditions sont potestatives, le choix est laissé à celui qui en est alternativement chargé, comme en matière d'obligations.

Si parmi les conditions alternatives ou conjonctives, il y en avait qui fussent simplement réputées non écrites, comme impossibles ou contraires à l'ordre public, il pourrait se faire que la condition fût une en définitive.

25. Au surplus, il n'est pas toujours facile de distinguer les conditions alternatives et les conditions conjonctives. *Sæpe ita comparatum est ut conjuncta pro disjunctis accipiantur, et interdum disjuncta pro conjunctis, soluta pro separatis* (5). Souvent

(1) Voy. cep. ce que nous disons *infrà*, 1178, n° 16.

(2) L. 101, *ff. De cond. et dem.* — Ricard, *Disp. cond.*, n° 319.

(3) L. 5, *ff. De cond. inst.*

(4) L. 5, *ibid.* — L. 129, *ff. De verb. oblig.* — Instit., *De hæred. instit.*, § 11.

(5) L. 53, *ff. De verb. signif.*

dans le langage on prend une conjonction pour une disjonction, une disjonction pour une conjonction, une séparation simple pour une opposition. Nous en trouvons un exemple dans la loi *Generaliter* (1), où une formule disjonctive est déclarée par Justinien embrasser conjonctivement plusieurs conditions.

En voici un autre (2) : Je charge Pierre de restituer ma maison à Jean, en cas qu'il décède sans enfants, sans faire de testament, ou avant l'âge de vingt-cinq ans. Toutes ces conditions doivent être accomplies pour que la restitution puisse être exigée. Car il est évident que si une seule de ces conditions vient à défaillir, il n'y a pas lieu à restitution; « de telle sorte, dit Ricard, que l'héritier ne laissera pas de demeurer libre s'il fait un testament, quoiqu'il décède sans enfants, aussi bien que s'il mourait avec des enfants, mais sans faire de testament (3). »

S'il n'y avait entre les diverses conditions ni particule conjonctive, ni particule disjonctive, ce que le droit romain appelle *soluta* (4), il y aurait lieu à interpréter l'acte d'après l'intention vraisemblable des parties. Dans le doute, il faudrait les réputer conjointes. Tel est ce cas, si je suis nommé magistrat, si je me marie. La construction grammaticale contient une énumération dont rien ne sépare, et dont par conséquent on ne doit pas séparer les éléments, à moins de circonstances particulières qui en déterminent le véritable sens.

26. Nous avons encore divisé les conditions en affirmatives et en négatives, suivant qu'elles prévoient que tel évènement arrivera ou n'arrivera pas. Il est évident que la condition ne sera pas accomplie, si le fait arrive qui avait été prévu comme ne devant pas arriver. Ce sera même une infraction formelle à la condition convenue.

(1) L. 6, C. *De instit.*

(2) Ricard, *Disp. cond.*, n° 388.

(3) Voy. Furgole, *Testam.*, ch. 8, sect. 5, n°s 108 et suiv., et sect. 6, n°s 35 et suiv. — Merlin, Rép., v° *Disjonctive et copulative.*

(4) L. 53, *ff. De verb. signif.*

Mais, de même que pour accomplir une condition affirmative il ne suffit pas d'un commencement d'exécution, de même aussi il ne suffit pas pour enfreindre la condition négative qu'il y ait eu commencement d'infraction, si en définitive le fait dont le non évènement a été prévu n'arrive point. Telle est la condition, si vous n'êtes point député, représentant ; qu'importe que vous soyez nommé, si vous n'acceptez point ?

27. C'est encore une difficulté d'interprétation que de savoir si une condition est présumée répétée pour toutes les parties d'un acte. Elle le sera pour toutes les parties qui sont en corrélation entre elles, et forment ainsi un tout indivisible. La condition est alors tacitement répétée. Elle ne le serait pas pour les parties qui seraient indépendantes les unes des autres, et formeraient autant de clauses distinctes et séparées. C'est donc là, en résumé, une question d'interprétation (1).

Du reste, lorsque de deux choses dues alternativement, l'une est due sous condition, et l'autre purement et simplement, il est clair que la condition s'applique au tout, puisque l'alternative n'existe qu'à l'échéance de la condition, et seulement par elle (2).

Mais ceci n'a lieu que si le choix appartient au débiteur. Car, s'il appartient au créancier, il dépend de lui de rendre la dette simple, en demandant la chose qui est due sans condition.

28. Comme l'accomplissement d'une condition potestative dépend entièrement de la volonté de celui à qui elle est imposée, on ne peut voir un accomplissement parfait et régulier dans les faits de contrainte et de force majeure qui semblent aboutir néanmoins à une exécution de la condition. Si vous allez à Paris, cette condition ne sera pas accomplie par l'arrestation légale et la conduite de votre personne à Paris. C'est

(1) Voy. TROPLONG, *Donat.*, n° 121.

(2) L. 25, *ff. Quando dies leg. ced.*

là un fait de l'autorité, accompli malgré vous et contre vous, qui ne rentre nullement dans les prévisions du contrat. Il prévoyait un voyage volontaire de votre part, et non un enlèvement de votre personne par voie de contrainte.

Que si nous supposons cette condition négative, si vous n'allez pas à Paris, elle ne recevra, par les mêmes raisons, aucune infraction d'un semblable fait.

29. Quant à cette condition, si vous vendez tel héritage, l'expropriation, même pour utilité publique, suffit en général, à moins de circonstances particulières, pour constituer un accomplissement régulier de la condition positive, comme elle suffit pour constituer une infraction à cette condition négative, si vous ne vendez pas.

Si l'expropriation n'était pas de la totalité de la chose, les tribunaux auraient à vérifier si la condition n'est pas tout de même accomplie, suivant l'intention vraisemblable des parties, à raison du peu de valeur de ce qui reste eu égard à la totalité de l'objet.

A plus forte raison, la condition serait accomplie ou défaillie, s'il s'agissait d'une expropriation judiciaire à la requête des créanciers. Car, bien que les parties se soient servies du terme de vente, elles l'ont vraisemblablement entendu dans le sens d'aliénation, en ne considérant que la fin principale, abstraction faite des causes et des moyens.

30. Mais il ne suffit pas pour l'accomplissement d'une condition potestative, que le fait soit libre et spontané. Il doit encore avoir lieu en connaissance de cause; il faut du moins que celui qui l'accomplit sache l'existence de la condition, et soit présumé avoir agi en vue d'y satisfaire. Ainsi, cette condition, s'il monte au Capitole, *si Capitolium ascenderit*, n'est pas valablement accomplie, si le légataire est monté au Capitole avant le décès du testateur, parce qu'il doit savoir que ce fait lui est imposé comme condition, et qu'il ne satisfait pas à l'intention du testateur en agissant par hasard et fatalité. *Scire debet hanc*

conditionem insertam; nam si fato fecerit non videtur obtemperasse voluntati (1).

31. Entre les parties l'exécution de la condition, soit suspensive, soit résolutoire, est indivisible, comme le payement de l'obligation elle-même. Les raisons de cette indivisibilité sont les mêmes, et peut-être plus puissantes que s'il s'agissait d'un payement. D'une part, en effet, si l'exécution de la condition n'a pas été poussée jusqu'à son extrême limite prévue, on ne peut pas plus dire d'elle que d'une obligation partiellement acquittée, qu'elle est régulièrement et parfaitement accomplie ; d'autre part, ainsi que nous l'avons remarqué, le défaut absolu d'action impose plus de rigueur dans l'appréciation de l'accomplissement des conditions.

Il ne serait donc pas satisfait à la condition par le payement partiel d'une chose même divisible, comme d'une somme d'argent. Je vous vends, par exemple, ma maison, si vous donnez à un tiers une certaine somme, dans un délai déterminé. La vente sera toujours suspendue jusqu'à parfait payement, sans qu'un accomplissement partiel puisse faire naître l'obligation, même pour une partie correspondante (2).

De même, si j'avais légué tel héritage à Pierre, s'il paye dix mille francs à mon héritier, et que Pierre fût décédé avant d'avoir acquitté la totalité de cette somme, le legs serait caduc (1040), et ses héritiers pourraient seulement répéter *condictione indebiti* ce qu'il aurait payé (3).

32. Si celui qui est chargé d'exécuter la condition venait à être évincé de tout ou partie de ce qu'il a reçu, par suite d'une action en réduction de la part des tiers, ou d'aliénations consenties par le testateur, ou bien enfin pour toute autre cause, il pourrait alors demander une réduction proportionnelle de la somme qu'il doit payer comme condition, ou exercer la

(1) L. 2, *ff. De cond. et dem.* — TOULLIER, T. 6, n° 634.
(2) L. 23 et 56. *ff. De cond. et dem.* — POTHIER, *Oblig.*, n° 215.
(3) POTHIER, *ibid.* — TOULLIER, T. 6, n° 598.

répétition de l'indû, proportionnellement à l'éviction soufferte (1), sans préjudice du droit qu'il peut avoir d'agir en garantie ou en résolution du contrat, suivant les circonstances. La condition est alors plutôt réductible que divisible dans son exécution. *Pro parte parendum est, ex sententiâ testatoris* (2).

S'il s'agissait de la prestation de toute autre chose divisible, comme d'une certaine quantité de choses fongibles, la condition cesserait également, et par les mêmes raisons, d'être indivisible, comme au cas d'une somme d'argent.

Que si, au contraire, la condition contenait la prestation d'une chose ou d'un fait non divisible, celui qui en est chargé devrait commencer par l'exécuter d'une manière indivisible, sauf ensuite à poursuivre l'indemnité qui lui est due contre qui de droit, à raison de l'éviction partielle par lui soufferte.

33. On n'a pas sans doute à se demander comment la condition apposée à une disposition testamentaire doit être accomplie par les héritiers du légataire ou de l'héritier institué, puisqu'à défaut d'accomplissement du vivant de ces derniers, la disposition est caduque de plein droit (1040). On peut supposer cependant que le testateur a disposé d'abord au profit du légataire, et ensuite à son défaut au profit de ses enfants. Si le légataire vient à décéder, laissant plusieurs enfants à sa survivance, la condition ne pourra néanmoins être divisée dans son exécution, et l'un des enfants ne pourra rien demander, même en offrant d'acquitter sa part dans la condition. Il faut un payement intégral. La loi romaine en donne la raison; c'est que, le legs étant fait à une personne unique, on ne peut après coup diviser la condition, et l'on doit ne compter que pour un les substitués du légataire (3).

(1) L. 43 et 44, § 9, *ff. De cond. et dem.* — RICARD, *Disp. cond.*, n° 409. — POTHIER, *Oblig.*, n° 217. — FURGOLE, *Testam.*, ch. 7, sect. 5, n° 93. — TOULLIER, T. 6, n° 599. — DURANTON, T. 9, n° 324.

(2) L. 44, § 9, *ff. De cond. et dem.* — TROPLONG, *Donat.*, n° 347.

(3) L. 56, *ff. De cond. et dem.*

34. Dans les contrats, comme les droits passent aux héritiers, on peut se demander si la condition qui a pour objet une chose divisible, devient divisible dans son accomplissement, en raison du nombre des héritiers prenant la place de leur auteur. La vérité est qu'elle est toujours indivisible, et que l'un des héritiers ne peut, sous prétexte qu'il y a satisfait pour sa part, demander sa quote-part dans l'objet de la convention. Les raisons en sont les mêmes que dans le cas précédent. Comme la condition a été imposée à un seul, son exécution doit être une et indivisible, et ne peut se scinder par suite du concours accidentel et ultérieur de plusieurs personnes substituées à la première, dont elles ne sont, pour ainsi dire, que la monnaie. Ainsi, je vous vends ma propriété dix mille francs, en stipulant la résolution de plein droit, sans mise en demeure, si je ne suis pas payé tel jour. La vente sera résolue pour le tout, quand même l'un de vos héritiers aurait payé sa part, et sans qu'il puisse, sous ce prétexte, rien demander (1). Il ne saurait en être autrement en cas de condition résolutoire tacite.

35. Quoi qu'il en soit, nous ne partageons point cette opinion de Dumoulin, reproduite par Pothier (2). Il suppose quatre héritiers du débiteur condamnés à payer une certaine somme, avec surséance de deux ans, s'ils donnent caution dans le mois; et il soutient que les trois héritiers qui ont donné caution dans le mois chacun pour sa part ne jouiront point du terme, si leur cohéritier n'a pas pareillement donné caution pour sa part, parce que, suivant lui, la condition sous laquelle le terme a été accordé par le juge, malgré le créancier, doit être interprétée en sa faveur, et à la rigueur contre les débiteurs condamnés.

Nous avons dit que nous ne partagions point cette opinion, et voici pourquoi : la dette a été en effet divisée de plein droit entre les héritiers du débiteur, puisqu'il ne s'agit pas

(1) TOULLIER, T. 6, n° 602. — POTHIER, *Oblig.*, n° 215.
(2) *Oblig.*, n° 216. — DUMOULIN, *Div. et indiv.*, P. 3, n°s 534-540.

d'une chose indivisible. Ne pouvant être poursuivis et condamnés que pour leur part et portion, ils obtiennent personnellement et individuellement le délai de grâce. La condition qui est mise à cette surséance de donner caution, se réfère conséquemment à la nature de la dette, et se divise dans son exécution, comme la dette elle-même dans son payement : d'où il suit que chaque héritier du débiteur jouira du délai, s'il donne caution pour sa part, indépendamment de ce que pourront faire ses autres cohéritiers. Tels nous semblent être les vrais principes. Ce n'est pas toutefois que les juges ne puissent imposer la condition de donner caution d'une manière indivisible, comme l'entend Dumoulin ; mais leur jugement doit être explicite sur ce point.

36. Mais si, dès le principe, la condition avait été imposée à plusieurs conjointement, sans solidarité ni indivisibilité, chacun pourrait alors satisfaire divisément pour sa part à la condition. Telle serait la condition imposée à plusieurs de rester constamment auprès d'une personne déterminée (1), de faire ou de donner une chose divisible. La condition semble divisée par le concours des personnes ; *divisa in singulas personas videri potest... enumeratione personarum potest videri esse divisa.* Par suite, chacun y satisfait pour sa part, et en profite personnellement ; *et ideò singuli cum suâ parte conditioni parere et legatum capere possunt* (2).

Il peut néanmoins se présenter ici une question d'intention. Par exemple, je vends un domaine conjointement à trois personnes, et je stipule la résolution de plein droit, si je ne suis pas payé à l'échéance, laquelle vaut mise en demeure. Deux des acquéreurs payent ; pourront-ils réclamer les deux tiers du domaine ? Oui, s'il apparaît que mon intention a été de vendre

(1) L. 84, *ff. De cond. et dem.*

(2) L. 56, et 112, *ff. De cond. et dem.* — L. 6, C. *De cond. insert.* — Ricard, *Disp. cond.*, n° 408. — Pothier, *Oblig.*, n° 215. — Toullier. T. 6, n° 601. — Troplong, *Donat.*, n° 348.

isolément chaque tiers ; non, si, au contraire, il est établi que mon intention a été que la vente fût valide et tînt pour la totalité de la chose. Mais nous aurons à revenir sur ce point, en traitant de la condition résolutoire tacite (1) : Remarquez en effet les termes de la loi, *conditio potest videri esse divisa*, elle peut paraître divisée. Tout dépend donc des circonstances. C'est une question d'interprétation, soit qu'il s'agisse de condition résolutoire ou suspensive, tacite ou expresse.

Mais la condition ne cesserait pas d'être divisible dans son exécution, si elle avait été imposée au mandataire ou au prête-nom de plusieurs personnes. A lui seul il ne fait que les représenter toutes, dans l'intention même de celui qui l'a stipulée (2).

37. Nous avons dit que lorsque la condition était divisée, chaque légataire pouvait y satisfaire séparément pour sa part, et prendre en conséquence sa portion du legs. Mais que devra-t-on faire de l'autre portion? Si le legs est fait conjointement de manière qu'il y ait accroissement de l'un à l'autre (1044), celui qui aura acquitté toute la condition aura à ce titre sa part de legs, et à titre d'accroissement la part de celui qui ne l'aura pas exécutée ; *et pars ejus qui non dederit, alteri cum sua conditione adcrescit* (3). Ce n'est pas cependant que la totalité du legs doive toujours appartenir à celui qui se sera empressé d'accomplir seul toute la condition. Il sera, au contraire, présumé, tant que l'autre n'aura pas agi de manière à être réputé renonçant, n'avoir exécuté que dans un intérêt commun. Mais alors il aura contre l'autre une action pour mandat ou pour gestion d'affaires, puisque ce dernier profite également de l'accomplissement de la condition.

38. S'agit-il d'un fait indivisible imposé à plusieurs comme

(1) Voy. 1184, n° 84.
(2) L. 44, § 8, *ff. De cond. et dem.*
(3) L. 54, § 1, *ff. De cond. et dem.*

condition, voici ce que dit Ulpien (1); nous nous bornons à traduire : « Si la liberté est léguée à deux esclaves en ces termes, s'ils construisent une maison, s'ils élèvent une statue, cette condition ne peut être divisée. Il n'y a de doute qu'en ce point, à savoir, si un seul opérant le travail aura satisfait à la volonté du testateur et aura ainsi droit à la liberté. C'est ce qu'il faut décider, sauf expression d'une volonté contraire.

« Cependant son opération personnelle n'accomplit la condition qu'en sa faveur et non pour le compte de l'autre. Bien mieux, la condition est défaillie en ce qui concerne celui-ci, puisqu'il ne peut désormais l'exécuter, vu que tout est consommé une seule fois pour toutes.

« On se demande encore quel est le sens de cette condition imposée à deux ouvriers, à deux peintres, s'ils font les peintures d'un appartement, s'ils construisent une maison. Il se présente en effet cette question d'intention : le travail de l'un doit-il se réunir au travail de l'autre pour l'exécution de la condition, de telle sorte que l'inaction de l'un fasse défaillir la condition, même à l'égard de celui qui est porté de bonne volonté? Que si, d'après les termes du testament, le testateur semble se contenter du travail d'un seul, la condition sera accomplie dans ce cas, et alors l'exécution de la condition par le travail d'un seul profitera, soit seulement à celui qui aura fait, soit tout à la fois à lui et à son consort, toujours suivant l'intention manifestée par le testateur. »

Ce n'est donc en somme qu'une question d'intention, dont la recherche rentre dans les termes de l'article 1175 (2).

39. Lorsque la condition consiste dans un fait qui doit être accompli à l'égard de plusieurs personnes, régulièrement le principe d'indivisibilité veut qu'elle soit exécutée également envers toutes. Ainsi, le légataire d'un fonds sous cette condition, s'il donne dix aux deux héritiers, ne peut scinder la con-

(1) L. 13. *ff. De manum. testam.*
(2) Toullier, t. 6, n° 603. — Troplong, *Donat.*, n° 348.

dition et le legs, en donnant cinq à l'un deux. Il n'a droit au legs qu'en payant dix, soit aux deux héritiers, soit à celui qui a toute l'hérédité, par suite de la renonciation de l'autre (1).

Ceci n'est vrai cependant que des conditions qui ont pour objet une chose indivisible, soit par sa nature, soit par la volonté de celui qui l'a stipulée. S'agit-il en effet d'une condition dont l'objet soit divisible, l'exécution de la condition peut se scinder; seulement la disposition est alors réduite en proportion de l'inexécution partielle de la condition. Je donne, par exemple, une somme d'argent à Paul, s'il continue de gérer les biens de mes quatre enfants jusqu'à telle époque. Un, deux, trois de mes enfants meurent ou vendent leurs propriétés, de telle sorte que pour eux il n'y a plus de gestion possible. Dès lors, Paul n'aura plus droit qu'aux trois quarts, à la moitié, au quart de la chose donnée, parce que cette somme et son travail d'administration sont également divisibles, *cùm tam labor quam pecunia divisionem reciperent* (2).

Si, au lieu d'une somme d'argent, j'avais donné une chose indivisible, faute par le donataire d'avoir exécuté pleinement la condition envers toutes les personnes indiquées, il n'aurait pas le droit de réclamer cette chose. Néanmoins, l'acte ayant un caractère rémunératoire, il aurait droit à une indemnité proportionnelle à l'exécution divisée de la condition. En vain prétendrait-il qu'il n'a pas dépendu de lui d'exécuter parfaitement la condition; qu'il en a été empêché par le fait même des personnes à l'égard desquelles elle devait être accomplie. Le caractère rémunératoire de la condition, joint à sa divisibilité, fait que l'indemnité promise se divise, comme salaire, en proportion du travail accompli, abstraction faite des causes qui ont pu le réduire.

Mais si nous supposons que la condition est d'un fait ou d'une chose indivisible, le bénéfice de l'acte n'en est pas moins acquis tout entier à celui à qui elle était imposée, alors même

(1) L. 23, *ff. De cond. et dem.*

(2) L. 10, *ff. De ann. leg.* — TOULLIER, T. 6, n° 605.

qu'il ne l'a point exécutée envers toutes les personnes indiquées, pourvu qu'il n'y ait point de sa faute. Par exemple, je vous donne mille francs si vous restez avec mes enfants jusqu'à votre mort. La donation ne sera point réduite, si l'un des enfants s'absente ; car il n'a point dépendu du donataire que la condition ne reçût une exécution parfaite. Nous aurons à revenir sur ce point dans notre commentaire de l'article 1178.

40. Le mineur, l'interdit, la femme mariée peuvent sans autorisation accomplir les conditions qui leur sont imposées (1). La nullité de leurs actes est en effet toute relative et ne peut leur être opposée. L'exécution de la condition ne leur cause du reste aucun préjudice, en tant qu'elle est considérée comme moyen de purifier ou de résoudre un acte antérieur régulièrement constitué. Il suffit enfin qu'elle soit matériellement le fait même qui a été prévu par l'autre partie.

Que si néanmoins l'exécution de la condition affirmative ou l'infraction de la condition négative avait été accomplie au moyen d'un acte juridique de leur part qui se trouvât en dehors de leur capacité, ils pourraient, d'après les principes généraux du droit, se faire relever de l'acte qu'ils auraient consommé sans l'autorisation ou sans les formalités voulues. Ils seraient alors replacés, par suite de leur action en nullité ou en rescision, dans le même état que s'ils n'avaient encore ni exécuté ni enfreint la condition (2).

Article 1176.

Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un évènement arrivera dans un temps fixe, cette condition est censée défaillie lorsque le temps est expiré sans que l'évènement soit arrivé. S'il n'y a point de

(1) Ricard, *Disp. cond.*, n° 373. — Furgole, *Testam.*, ch. 7, sect. 5, n° 10. — Toullier, t. 6, n° 596. — Troplong, *Donat.*, n° 313.
(2) Voy. 1177, n° 23.

temps fixe, la condition peut toujours être accomplie ; et elle n'est censée défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'évènement n'arrivera pas.

Article 1177.

Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un évènement n'arrivera pas dans un temps fixe, cette condition est accomplie lorsque ce temps est expiré sans que l'évènement soit arrivé : elle l'est également si, avant le terme, il est certain que l'évènement n'arrivera pas ; et, s'il n'y a pas de temps déterminé, elle n'est accomplie que lorsqu'il est certain que l'évènement n'arrivera pas.

Sommaire.

1. Pourquoi les conditions doivent être accomplies dans le temps fixé.
2. Le délai ne peut être prorogé par la justice.
3. S'il n'est pas clairement défini, les juges ont à interpréter.
4. La force majeure
5. Et l'ignorance ne relèvent point.
6. Le délai court contre toute personne.
7. S'il n'y a pas de temps fixé, la condition peut toujours être accomplie.
8. Dans ce cas, la mort civile n'équivaut pas toujours à la mort naturelle en ce qui touche l'accomplissement de la condition ; distinction.
9. On ne peut pas fixer de délai. Critique d'une opinion de Pothier.
10. Si un terme a été fixé avant lequel la condition ne puisse être accomplie, il faut en attendre l'expiration.
11. Influence des changements et évènements ultérieurs. Distinction.
12. *Quid*, s'il s'agit d'un fait à la succession duquel correspond l'obligation? Exemple de viduité.
13. La condition négative est accomplie quand le délai est expiré sans que l'évènement soit arrivé;
14. Ou dès qu'il est certain que l'évènement n'arrivera pas.
15. A défaut de terme fixé, elle peut toujours être accomplie.
16. Comment cette condition équivaut à un terme dont l'échéance est la mort.
17. Distinguer les conditions desquelles dépend soit la capacité de la personne, soit la disponibilité de la chose.
18. On ne peut fixer de délai pour l'accomplissement de la condition négative. Critique d'une opinion de Pothier.

19. Mais les juges peuvent par voie d'interprétation déterminer celui qui a été sous-entendu.
20. L'infraction est définitive.
21. Comment elle l'est, si la condition est de ne pas accomplir un fait juridique.
22. *Quid*, si le fait juridique apposé comme condition est lui-même subordonné à une condition suspensive ou résolutoire?
23. *Quid*, s'il est entaché d'un vice donnant lieu à une action en nullité ou en rescision? Distinction.

COMMENTAIRE.

1. Il nous reste à parler du temps où les conditions doivent être accomplies ou sont réputées défaillies. Ce point sera l'objet de notre commentaire des articles 1176 et 1177.

Comme les conditions doivent être accomplies à la rigueur, il faut qu'elles le soient dans le temps déterminé pour leur accomplissement. Aussi, l'article 1176 dispose-t-il que, lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un évènement arrivera dans un temps fixe, cette condition est censée défaillie lorsque le temps est expiré sans que l'évènement soit arrivé (1). Je vous vends ma maison, si d'ici à un an vous allez à Paris, si vous êtes nommé magistrat, si je me marie. L'année expire sans que vous soyez allé à Paris, sans que vous ayez été nommé magistrat, sans que je me sois marié : la condition est défaillie.

Cette fixation d'un terme dans lequel doit s'accomplir l'évènement, fait en effet partie intégrante de l'évènement lui-même. Après l'expiration du temps convenu, le même fait, se réalisât-il, ne serait plus le fait prévu dans la condition, à raison du temps dans lequel il se serait accompli et de celui dans lequel il devait s'accomplir. Aussi, la condition ne pouvant plus recevoir d'exécution *in formâ specificâ*, est-elle censée défaillie aussitôt que le temps est expiré.

2. Aucune prorogation de terme ne peut donc être demandée ni accordée ; et c'est là une nouvelle différence entre la

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 209.

condition et le mode. Car le mode proprement dit constituant une véritable obligation accessoire et exigible admet, comme l'obligation principale elle-même, la concession d'un terme de grâce pour son exécution (1184).

3. Lorsque le terme dans lequel la condition doit s'accomplir a été clairement et nettement fixé, il n'y a pas à interpréter l'acte, ni à rechercher l'intention vraisemblable des parties. La clarté de l'expression oblige alors à s'en tenir à la rigueur de son sens littéral.

Mais si la fixation du temps laissait quelque latitude, à défaut d'une précision rigoureuse, les juges pourraient alors avoir égard aux circonstances. Ainsi, Paul reconnaît d'avance un enfant dont Marie doit accoucher dans six mois environ, et en même temps il constitue, à titre d'indemnité en faveur de la mère et de l'enfant à naître, une pension viagère de cinq cents francs. Ces mots, dans six mois environ, n'ont rien de rigoureusement défini. Ils laissent à l'évènement une certaine marge dont les juges devront, d'après les circonstances, apprécier l'étendue. S'il ne s'agissait, par exemple, que de quelques jours de plus ou de moins, on comprend que l'on pourrait avec raison reconnaître que la condition a été exécutée comme les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût.

Mais si l'accouchement n'avait lieu que longtemps après l'expiration des six mois, par exemple, neuf mois après l'acte, la condition ne pourrait être considérée comme accomplie. La reconnaissance et la donation seraient révoquées, parce qu'elles n'ont pas eu lieu sous la condition d'un accouchement quelconque, mais d'un accouchement dans six mois environ, et que, quelle que soit la latitude laissée au juge par cette fixation mal définie, ce serait manifestement violer l'intention du donateur que de la proroger jusqu'à neuf mois (1).

(1) Cass., 1er août 1843. Sirey, 43, 1, 926.

4. Telle est la rigueur du terme apposé, que les cas de force majeure ne relèvent point de l'inaccomplissement de la condition. Ceci du moins est absolument vrai des conditions casuelles, dans la stipulation desquelles les cas fortuits et de force majeure ont dû naturellement être pris en considération. Quant aux conditions potestatives et mixtes, nous expliquerons sous l'article 1178 quelles exceptions leur sont applicables sous ce rapport (1).

5. L'ignorance et la bonne foi n'en relèvent même pas. Si donc un testament, à plus forte raison un contrat, porte une condition à exécuter dans un certain temps, la condition n'en sera pas moins censée défaillie, bien que l'acte n'ait été connu de celui qui était chargé de l'exécution de la condition, qu'après l'expiration du terme fixé (2).

6. Le délai court enfin contre toute personne, contre la femme mariée, contre le mineur, contre l'interdit, sauf recours de leur part contre qui de droit. Ce n'est pas, en effet, une question de prescription, mais de terme pur. L'article 1663 ne fait que contenir une application de ce principe au cas de vente sous faculté de rachat.

7. S'il n'y a point de temps fixe, la condition peut toujours être accomplie; elle n'est censée défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas (1176) (3). Telles sont ces conditions, si vous allez à Paris, si vous vous mariez, si vous mourez sans enfants. Vous avez devant vous, à défaut de temps fixe, tout l'avenir pour leur accomplissement. Vous pouvez toujours les exécuter, et leur accomplissement ne peut se vérifier qu'à votre décès, la seule époque où il devienne certain que l'événement n'arrivera pas. De ce moment-là seulement elle sera censée défaillie.

8. Faut-il assimiler, dans ce cas, la mort civile à la mort na-

(1) Voy. 1178, nos 16 et suiv.
(2) RICARD, *Disp. cond.*, n° 424.
(3) POTHIER, *Oblig.*, n° 209.

turelle? Une distinction est nécessaire. L'évènement stipulé est-il un pur fait dont le mort civilement est lui-même capable, la condition ne se vérifie qu'à la mort naturelle : exemple, si vous allez à Paris.

L'évènement apposé comme condition suppose-t-il, au contraire, pour son accomplissement la nécessité d'une capacité juridique dont le mort civilement est privé, la condition se vérifie aussi bien à la mort civile qu'à la mort naturelle : exemple, si vous avez des enfants. La condition ne sera défaillie d'une part qu'à votre mort naturelle, quelles que soient même votre vieillesse et votre impuissance constatée (1); ou d'autre part qu'à votre mort civile définitivement encourue, parce que de ce moment-là vous ne pouvez plus avoir d'enfants légitimes (2), et que votre renaissance à la vie civile ne peut faire préjudice aux droits acquis.

9. Quelque considérable que soit le temps pendant lequel la condition peut toujours être accomplie, on ne peut pas plus faire fixer un délai à celui qui en est chargé, soit pour l'accomplir, soit pour déclarer s'il entend l'accomplir ou non, qu'on ne peut directement le contraindre à l'exécuter. Autrement, ce serait violer la loi du contrat qui lui donne la faculté de toujours accomplir la condition, c'est-à-dire jusqu'à ce que son exécution soit devenue impossible. En substituant un délai fixe à ce délai indéfini, on lui enlèverait le bénéfice d'une faculté dont la réserve a été peut-être pour lui la cause déterminante de la convention, mais dont la stipulation fait à coup sûr partie intégrante et essentielle de l'acte (3).

Pothier (4) pense cependant que, par exception, si le stipulant a intérêt à l'accomplissement de la condition, comme dans le cas où il promet tant à son voisin, si celui-ci abat un

(1) Ricard, *Disp. cond.*, n° 553.
(2) Ricard, *Disp. cond.*, n° 547.
(3) Furgole, *Testam.*, ch. 7, sect. 5, n° 51. — Toullier, t. 6, n° 622.
(4) *Oblig.*, n° 209.

arbre qui lui nuit, il peut assigner l'autre partie pour qu'il lui soit préfixé un certain temps dans lequel elle devra accomplir la condition, et que, faute par elle de le faire, il soit purement et simplement déchargé de son obligation envers elle.

Mais cette opinion est une erreur échappée au savant et judicieux jurisconsulte. Il n'y a pas en effet de principe plus certain que celui-ci : c'est qu'on n'a pas d'action pour obliger à exécuter la condition. Or, de quel droit peut-on assigner le voisin qui a contracté sous une condition potestative de sa part, pour qu'il lui soit fixé un délai dans lequel il devra accomplir cette condition? De quel droit peut-on restreindre à un mois, à deux mois, par exemple, le délai indéfini qu'à défaut de temps préfixé, le contrat lui donne pour exécuter la condition? N'est-ce pas violer la loi du contrat aussi bien dans ce cas que dans tout autre que l'on peut imaginer?

C'est qu'en effet il y a une grande différence entre cette convention : je vous promets tant, si vous abattez l'arbre qui me nuit; et cette autre convention : vous promettez d'abattre tel arbre qui me nuit, et je vous promets tant, si vous l'abattez. Dans le premier cas, l'obligation est purement contractée sous la condition potestative, si vous abattez tel arbre, sans que j'aie aucune action pour vous contraindre à l'accomplir. Dans le second cas, au contraire, il y a entre nous un véritable contrat synallagmatique. Vous vous obligez à abattre tel arbre qui me nuit; et moi je m'oblige à vous donner tant, si vous l'abattez. Ces mots, si vous l'abattez, ne donnent à notre convention aucun caractère conditionnel. Il n'y a enfin d'autre condition que la condition résolutoire tacite, sous-entendue dans tous les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des parties ne satisfait pas à ses engagements. Et voici dès lors ce qui arrive : à défaut de délai fixé, votre obligation d'abattre est immédiatement exigible; mais les juges peuvent vous accorder un délai pour l'accomplir, et cette fixation d'un délai n'est que la conséquence de mon droit d'action et de contrainte.

Le point important et décisif dans de pareilles questions est donc de savoir s'il n'y a qu'une condition proprement dite, ou bien, au contraire, s'il y a une obligation véritable, réellement exigible, malgré l'emploi de termes conditionnels insérés dans le contrat, uniquement afin d'en régler les effets au cas où il ne serait pas satisfait à l'obligation. Ce point ressortira plus clairement encore de ce que nous dirons plus loin dans l'examen des cas analogues de condition négative (1).

Nous ajoutons que les mêmes principes s'appliquent aux testaments, de telle sorte que le légataire ou l'héritier chargé d'une condition simple ne peut être contraint à l'exécuter, ni être soumis à un délai fixé après coup par la justice, sous peine de déchéance; de telle sorte enfin qu'il ne peut être poursuivi que tout autant qu'il s'agit d'une charge réellement exigible et pour laquelle il y a action (2).

10. Si un terme était fixé avant lequel la condition ne pût être accomplie utilement, il faudrait en attendre l'expiration. Car, bien que celui qui en est chargé doive l'accomplir, sous peine d'être constitué en faute, aussitôt qu'il le peut, on ne peut dire qu'il le puisse tant que l'accomplissement ne doit compter pour rien. Telle est cette condition, si, à partir du 1er janvier 1850, vous vous mariez. Votre mariage contracté auparavant, loin d'accomplir la condition, la fait au contraire défaillir. Telle est encore cette autre condition, si, à partir du 1er mars prochain, vous allez à Paris. La condition ne peut être utilement accomplie qu'après cette époque. Il y a toutefois cette différence, c'est que le fait pouvant se réitérer, votre voyage fait, à Paris avant le 1er mars, n'est pas une infraction qui fasse défaillir la condition, sauf à vous à le renouveler en temps utile.

11. Lorsque la condition contient un fait de telle nature qu'il doive s'accomplir une fois pour toutes, son exécution est indépendante des évènements et changements ultérieurs. Il

(1) Toullier, t. 6, n° 623. — Troplong, *Donat.*, n° 325.
(2) Voy. cep. Troplong, *Donat.*, n° 322.

suffit qu'elle soit une fois accomplie, et peu importe qu'elle vienne plus tard à défaillir, fût-ce même de suite après son accomplissement. *Conditio semel impleta non resumitur*, on ne revient pas sur la condition une fois accomplie (1).

Ainsi, la condition, si je me marie, est accomplie par mon mariage, quand même je tomberais le lendemain en viduité, même avant la consommation réelle du mariage (2), et quand même je divorcerais plus tard, en supposant le divorce autorisé (3).

Alors, au contraire, que la condition embrasse un fait qui, par sa nature ou d'après une clause particulière, doit avoir dans sa réalisation une certaine durée, une certaine persévérance, il ne suffit pas qu'il soit accompli une fois pour toutes. Sa persévérance et sa durée sont en effet des éléments essentiels de l'accomplissement de la condition. Ainsi, je vous donne tant si vous ne vous faites pas prêtre. Il ne suffit pas que vous restiez dix ans, vingt ans sans être prêtre; il faut que vous ne le soyez jamais. Si vous ne vous faites pas prêtre, est une formule de condition qui va au-delà du moment actuel et embrasse l'avenir (4).

Il en serait autrement de cette condition, si vous n'êtes pas prêtre; il suffit que vous ne le soyez pas dans le moment présent, quand même vous le deviendriez plus tard. La condition est en effet, dans ce cas, conçue dans des termes qui rendent son accomplissement indépendant des changements à venir (5).

L'on comprend cependant qu'il y a matière à interprétation, et que, suivant les circonstances, cette condition en termes actuels, si vous n'êtes pas prêtre, peut équivaloir à celle-ci, si vous ne vous faites pas prêtre.

(1) Ricard, *Disp. cond.*, n° 446. — Furgole, *Testam.*, ch. 7, sect. 4, n° 160.

(2) L. 15, *ff. De cond. et dem.*

(3) L. 7, C. *De instit. et substit. sub cond. fact.*

(4) Ricard, *Disp. cond.*, n° 456.

(5) Ricard, *Disp. cond.*, n° 455.

Si elle reste veuve, est encore une condition qui ne s'accomplit que par la permanence du fait.

S'il porte mon nom; il doit le porter habituellement, sans que toutefois la condition soit enfreinte parce que, dans certaines circonstances particulières, il aurait omis de le prendre, après l'autorisation régulièrement obtenue du gouvernement (1).

12. Mais il convient de faire une nouvelle distinction quant aux effets de la condition qui embrasse un fait dont la persévérance et la durée sont le caractère essentiel. Je vous donne une somme déterminée, un corps certain, une fois pour toutes, si vous restez en viduité. Il n'y a qu'une obligation et une condition uniques, de telle sorte que vous aurez tout ou n'aurez rien, suivant que vous persévérerez ou non dans l'état de viduité. Mais autre chose serait, si la condition comprenait une succession de faits identiques dont la durée fût la mesure de l'obligation successive elle-même. Je vous donne ou lègue tant par année, pour tout le temps que vous resterez en viduité. La somme sera due pour chaque année de viduité, sans restitution, la viduité cessant (2). A chaque année de viduité correspond en effet une obligation partielle. La condition est en quelque sorte annuelle dans son exécution, comme l'obligation dans son payement. Le fait et l'obligation sont successifs.

Telle est encore cette condition, tant que vous administrerez les biens de ma fille. *Voluntatem filiâ mutante, conditionem resumunt, quoniam plura sunt (fideicommissa annua)* (3), ma fille en changeant de volonté fait défaillir la condition, parce que l'obligation est successive.

Notons ici qu'une fois défaillie, la condition ne peut plus se reprendre. Ainsi, dans cette condition, tant que vous resterez en viduité, le convol emporte déchéance définitive, alors même que vous retomberiez en viduité.

(1) Voy. loi du 11 germinal an XI. — TOULLIER, T, 6, n° 645.
(2) FURGOLE, *Testam.*, ch. 7, sect. 2, n° 106. — TOULLIER, T. 6, n° 645.
(3) L. 101. § 4, *ff. De cond. et dem.*

13. Nous passons aux conditions négatives. En quel temps sont-elles réputées accomplies ou défaillies? Il faut encore distinguer s'il y a un temps déterminé pour leur accomplissement, ou s'il n'y en a pas. Lorsqu'une obligation, dit l'article 1177, est contractée sous la condition qu'un évènement n'arrivera pas dans un temps fixe, cette condition est accomplie lorsque ce temps est expiré sans que l'évènement soit arrivé. L'évènement aura beau arriver après l'expiration du délai fixe, il n'aura aucune influence rétroactive sur la condition une fois accomplie. *Semel impleta non resumitur*. D'ailleurs, à raison même du temps de son arrivée, l'évènement n'est plus celui qui avait été apposé dans la condition négative.

Si, par exemple, on a fixé un délai de huitaine, de deux ans, *intra biennium*, il faudra en attendre l'expiration pour vérifier l'accomplissement de la condition. Mais ces expressions signifient un délai plein de huit jours, de deux ans (1).

14. La condition peut néanmoins être réputée accomplie avant l'expiration du terme. C'est ce qui arrive lorsque avant le terme il est certain que l'évènement n'arrivera pas (1177). Du moment, en effet, que la stipulation ne renferme plus d'évènement futur et incertain, il n'y a plus de condition, le contrat cesse d'être conditionnel et devient pur et simple. Telle est cette condition, si, d'ici à un an, vous ne vous mariez pas. Vous êtes condamné à une peine emportant mort civile, il est d'ores et déjà certain que vous ne vous marierez pas. La condition est conséquemment accomplie. Si vous n'allez pas en Italie avant le 1er mars ; la condition se vérifie par l'impossibilité d'y aller, *neque venisse posse* (2).

15. S'il n'y a pas de terme fixé, la condition négative peut sans doute toujours être accomplie, aussi bien que peut l'être en pareil cas la condition positive. Et de même que cette dernière est censée défaillie, l'autre est, au contraire, réputée

(1) L. 27, 99, *ff. De verb. oblig.*
(2) L. 10, *ff. De verb. oblig.*

accomplie lorsqu'il est certain que l'évènement n'arrivera pas (1). Je vous vends ma maison, si vous n'allez pas à Paris ; il ne suffit pas que, pouvant aller à Paris, vous n'y alliez point, il faut qu'il soit certain immanquablement, *immutabiliter*, que vous n'irez pas à Paris. Et c'est de ce moment-là seulement que la condition sera réputée accomplie. Or, comme il ne peut être certain avant votre mort que vous n'irez pas à Paris, la condition ne sera accomplie qu'à votre mort.

16. A vrai dire, la stipulation d'une pareille condition, alors toutefois qu'elle ne vient pas à défaillir, équivaut à celle-ci : vous me promettez tant quand je mourrai. Cette conséquence n'avait pas échappé aux jurisconsultes romains. *Si quis ita stipuletur, si in Capitolium non ascendero dare spondes? Perinde est ac si stipulatus esset cum moreretur sibi dari* (2). Mais il ne faut pas croire que ce ne soit qu'une obligation à terme; c'est bien toujours une obligation conditionnelle, puisqu'elle peut défaillir par mon ascension au Capitole. Seulement elle devient à terme par l'accomplissement de la condition qui ne peut se vérifier qu'à ma mort. Tel est d'ailleurs le caractère général et essentiel de toute obligation conditionnelle, qu'elle se résume dans une obligation à terme, quand la condition s'accomplit, puisque l'évènement étant toujours et essentiellement un évènement futur, son arrivée suppose un laps de temps plus ou moins long.

17. Quoi qu'il en soit, il ne faut pas, sous le rapport du temps où elles sont censées accomplies ou défaillies, assimiler les conditions ordinaires à certaines conditions dont la défaillance ou l'accomplissement annule plutôt qu'il ne suspend ou résout l'obligation. Ce sont les conditions desquelles dépend la capacité de la personne ou la disponibilité de la chose. Bien qu'aucun délai ne soit fixé pour leur accomplissement, et que dès lors, en règle générale, on ne doive les considérer comme

(1) L. 115, § 1, *ff. De verb. oblig.* — POTHIER, *Oblig.*, n° 210.
(2) Instit. § 4, *De verb. oblig.*

accomplies ou défaillies que lorsqu'il est devenu certain que l'évènement n'arrivera pas, cependant la partie en faveur de laquelle elle existe peut immédiatement se prévaloir de sa défaillance ou de son accomplissement, soit qu'on en fasse une condition suspensive ou une condition résolutoire. Elle le peut immédiatement, disons-nous, parce que sa capacité personnelle ou la disponibilité de sa chose étant subordonnée à cette condition, sa personne est incapable ou sa chose indisponible, tant que cette condition n'a pas été réalisée. L'obligation n'est pas seulement affectée dans sa force juridique comme obligation conditionnelle, elle l'est encore et avant tout dans les éléments essentiels à la validité du contrat.

Telle est la condition de remploi sous laquelle la femme a stipulé l'aliénabilité de ses biens dotaux. Quoique le remploi puisse être fait tant que dure le mariage, la femme n'a pas à en attendre la dissolution pour demander la nullité des aliénations qu'elle a consenties, sans qu'aucun remploi ait eu lieu. Ses biens n'étant disponibles que sous cette condition, elle peut les revendiquer tant qu'elle n'est pas accomplie. La vente qui en a été faite est en réalité nulle, à défaut d'emploi, plutôt que suspendue par cette condition, si un remploi a lieu, ou résoluble sous cette autre condition, si un remploi n'a pas lieu.

18. Celui qui est obligé sous une condition négative ne peut pas plus que celui qui est obligé sous une condition positive, être contraint à l'exécuter dans un délai imparti par la justice. Ainsi, en cas de cette condition, si je ne vais pas à Paris, si je ne fais pas ou ne donne pas telle chose, je suis toujours absolument le maître de l'accomplir.

Cependant Pothier (1) dit : « Lorsque la condition consiste dans quelque chose qui est au pouvoir du débiteur et qui intéresse celui au profit duquel l'obligation a été contractée; comme si quelqu'un s'est obligé envers moi de me donner une certaine somme, s'il ne faisait pas abattre un arbre qui me

(1) *Oblig.*, n° 211.

nuit, je pense que celui qui s'est obligé sous cette condition peut être assigné pour voir dire que, faute par lui de faire une telle chose dans le temps qui lui sera imparti par le juge, il sera condamné à payer ce qu'il s'est obligé de donner au cas qu'il ne le fît pas ; et s'il ne le fait pas dans le temps qui lui aura été imparti, cette condition négative sera censée avoir existé, et il pourra en conséquence être condamné à payer la somme qu'il s'est obligé de payer sous cette condition. »

Sous un certain point de vue, Pothier peut avoir raison, ainsi que nous l'établirons tout à l'heure ; mais en généralisant le principe, il nous semble ne pas avoir parfaitement saisi le sens du texte du droit romain qu'il cite. Il nous semble surtout ne pas avoir tenu compte de la distinction si ingénieuse à l'aide de laquelle Papinien opère entre les opinions opposées une conciliation que n'excluent ni l'esprit, ni la simplicité de notre droit français.

Nous nous bornons à traduire la loi 115, § 2, *ff. De verb. oblig.* Voici ce que dit Papinien : « Soit cette stipulation : si vous ne me donnez pas Pamphilus, vous promettez de donner tant. Pégasus prétend que la stipulation n'est exigible qu'aussitôt que l'esclave cesse de pouvoir être donné. Sabinus prétendait, au contraire, en se fondant sur l'intention des contractants, que l'on pouvait agir aussitôt que l'esclave pouvait être livré, et que l'action ne devait s'arrêter que dans le cas où il ne dépendait plus du débiteur de livrer l'esclave. Il appuyait cette opinion sur l'exemple du legs de choses alimentaires. Mucius a en effet écrit quelque part que l'héritier devait payer immédiatement la somme léguée, lorsque, pouvant le faire, il n'avait point livré les choses alimentaires. Et ce point a été admis à cause de la volonté du défunt et de la nature de la chose même. Aussi, l'opinion de Sabinus peut-elle être admise, si la stipulation au lieu de commencer par la condition comme fait celle-ci : si vous ne donnez pas Pamphilus, vous promettez de donner tant, est conçue en ces termes : vous promettez de donner Pamphilus, et si vous ne le donnez pas,

vous promettez de donner tant. C'est alors une vérité incontestable et établie par la convention même que, si l'esclave n'est pas livré, et l'esclave et la somme sont dus. Mais s'il résulte de la clause que la somme seule est due, à défaut de la délivrance de l'esclave, il faut s'en tenir à la même décision, parce qu'il est établi que l'intention des contractants a été que l'esclave fût livré ou la somme exigible. »

Les ingénieux aperçus de Papinien s'expliquent d'eux-mêmes. Toute la question se réduit à ceci : les parties ont-elles entendu que la chose qui fait l'objet de la condition fût exigible, fût comprise dans l'obligation, le stipulant a alors action en payement. Les parties ont-elles voulu, au contraire, que la chose restât dans la condition, sans être elle-même l'objet de l'obligation, alors elle n'est pas exigible; il n'y a qu'un contrat conditionnel. Ainsi, pour reprendre l'exemple de Papinien, si vous ne me donnez pas Pamphilus, vous me donnerez tant; il est bien évident que la non délivrance de l'esclave est la condition de l'obligation de payer, et n'est elle-même l'objet d'aucune obligation de la part du promettant. Cette condition suspend donc indéfiniment l'obligation de payer; disons mieux, la livre absolument à la volonté discrétionnaire du promettant, faute par le stipulant d'avoir fixé un délai passé lequel la condition fût réputée accomplie.

Mais si le stipulant avait fait promettre la délivrance de l'esclave, et ensuite par forme de clause pénale, en cas qu'il ne fût pas livré, une somme de..., il pourrait immédiatement, à défaut d'un terme conventionnel, demander que l'esclave fût livré. C'est qu'alors, comme dit Papinien, l'obligation embrasse les deux choses; c'est que la condition sous laquelle a été contractée l'obligation de payer la somme d'argent n'est autre chose que l'inexécution de l'obligation principale de livrer la chose; c'est qu'enfin on rentre pleinement dans la théorie des obligations avec clause pénale (1).

Il est donc fort important de distinguer les obligations sous

(1) TOULLIER, t. 6, nos 621 et suiv. — TROPLONG, *Donat.*, no 325.

condition négative des obligations avec clause pénale. Cet intérêt est manifeste, puisque la condition négative suspend indéfiniment l'obligation, à défaut d'un délai fixe, jusqu'à ce qu'il soit certain que l'évènement n'arrivera pas, et que la justice ne peut fixer aucun terme fatal, passé lequel elle soit réputée accomplie, quels que soient l'intérêt du créancier et les facilités du débiteur; tandis que dans les obligations avec clause pénale, il n'y a d'autre sursèance que celle qui résulte du terme conventionnel ou du délai de grâce accordé par le juge.

Comment, et à quels signes les distinguer? Papinien indique un moyen de les reconnaître : la stipulation commence-t-elle par la condition? L'obligation est conditionnelle. Commence-t-elle par une promesse et se termine-t-elle par une autre promesse, si la première n'est pas accomplie? Il y a une obligation avec clause pénale. Mais on conçoit que ce signe de reconnaissance n'ait pas la même valeur sous notre droit français que sous le droit romain, où la stipulation se formulait par interrogations et par réponses, où conséquemment apparaissait d'une façon plus nette et plus claire ce qui était demandé par l'un et promis par l'autre. Il y a donc lieu d'appliquer ici les règles générales de l'interprétation des contrats. Nous ajoutons que, comme il n'est guère naturel de subordonner le payement d'une obligation à l'accomplissement d'une condition potestative qui la suspend indéfiniment, quand aucun terme n'a été fixé, les juges devront incliner à penser que les parties ont contracté, soit une obligation avec clause pénale, soit une obligation alternative ou facultative, plutôt qu'une obligation conditionnelle. Souvent même les termes de l'acte favoriseront cette interprétation, comme dans le cas où je vous ai promis telle chose, à moins que je ne fasse ou que je ne donne ceci, faute par moi de faire ou de donner ceci.

19. Ces solutions, nous les croyons absolument exactes en droit théorique. Cependant, comme l'intention des parties tient une grande place, surtout dans la matière des conditions,

l'interprétation aura elle-même pour résultat d'introduire des exceptions aux principes purs de la théorie. Si je n'abats pas l'arbre qui vous gêne, je promets de vous donner tant; j'achète votre maison, si vous ne la vendez pas à un tel; je vous lègue tant, si mon héritier ne démolit pas la maison qui gêne votre vue; vous me vendez tel emplacement à bâtir, si vous ne me louez pas votre maison. Si l'on appliquait à la rigueur la lettre de l'article 1177, voici ce qui arriverait : je n'abats pas l'arbre qui vous gêne; vous ne vendez votre maison à personne; mon héritier ne démolit point la maison qui gêne votre vue; vous ne me louez pas votre maison. Mais, pour ne pas exister actuellement, tous ces faits peuvent exister plus tard. Il n'est pas encore certain, et même, vu que ces conditions sont transmissibles aux héritiers, il ne peut jamais y avoir de certitude qu'ils n'arriveront point.

Comme la condition a pour objet un évènement indéfini dans sa durée, son accomplissement est soumis à une incertitude sans issue. Le fait négatif auquel elle est subordonnée peut éternellement durer, sans que pour cela elle soit réputée accomplie, puisqu'il peut cesser et entraîner par là la défaillance de la condition. La seule manière dont l'incertitude puisse disparaître, c'est que la condition vienne à défaillir. Quoi qu'il arrive, l'acte sera donc complètement illusoire, puisque, d'une part, l'incertitude ne peut cesser que par la défaillance de la condition qui l'anéantit, et que, de l'autre, si la condition ne vient pas à défaillir, elle peut en suspendre les effets toujours et à perte de vue, aussi longtemps qu'elle peut être accomplie.

Ne peut-on pas présumer alors, que les parties ont sous-entendu un délai pour l'accomplissement de la condition, passé lequel elle doit être réputée accomplie. Les circonstances ne peuvent-elles pas indiquer quel est ce délai? Ne peut-il pas être, dans les exemples que nous avons posés, le temps nécessaire, la chose étant immédiatement possible, pour abattre l'arbre, pour démolir la maison, pour consommer le contrat de vente ou de louage? Toutes ces questions n'appartiennent-elles pas à l'interprétation, et les juges ne peuvent-ils pas en-

tendre ainsi le contrat et la disposition dans le sens d'un terme tacitement sous-entendu pour l'accomplissement de la condition? Ce ne sera après tout que la consécration de la volonté même des parties, et l'application de cette règle qui veut qu'on interprète les actes de préférence dans le sens qui doit leur faire produire quelque effet.

Toute la difficulté sera donc dans l'appréciation du délai, sous-entendu par la force même des choses, et dans l'intention des parties. Si elles ne peuvent tomber d'accord sur ce point, elles seront forcées de soumettre leur différend aux tribunaux, à l'autorité préposée pour vider toutes contestations. Mais remarquons bien que le juge n'aura d'autre mission que d'interpréter et de consacrer l'acte. Le délai qu'il fixera ne sera pas un délai de grâce; ce sera le délai conventionnel sous-entendu qu'il déterminera lui-même, dans le silence, mais suivant l'intention présumée des parties. Le demandeur ne devra pas conclure directement à ce que la partie, obligée sous condition, exécute cette condition, car il est en ce point destitué de toute action. Il se bornera à demander que la condition soit réputée accomplie, l'évènement négatif prévu n'étant pas arrivé dans tel délai sous-entendu dans l'acte ou la convention. Et si les juges impartissent un délai différent, encore une fois, ce ne sera que le délai fatal, conventionnel, qui ne pourra plus tard être prorogé. Remarquons enfin, que nous ne faisons ici qu'interpréter la disposition ou le contrat, pour les ramener au cas où l'obligation a été contractée sous la condition qu'un évènement n'arrivera pas dans un temps fixe. Telles sont les explications par lesquelles nous avons cru devoir compléter et rectifier l'opinion de Pothier, dans ce qu'elle a de trop général et de trop absolu.

Mais si la condition potestative négative avait pour objet la prestation d'un fait, ou la délivrance d'une chose qui, soit par sa nature propre, soit par le caractère de la convention, n'ait pas une durée indéfinie, et ne présentât pas cette incertitude sans issue qui rend l'acte illusoire dans ses effets, alors il faudrait rentrer pleinement dans la rigueur du droit, dans l'appli-

cation des principes théoriques que nous avons posés. Telles sont ces conditions, si je ne vous livre pas mon cheval, si je ne fais pas votre portrait, je promets de vous donner tant. L'incertitude ne peut aller au-delà de certaines limites. Il arrivera un moment où il sera certain que mon cheval ne pourra pas être livré, que mon portrait ne pourra pas être fait. A défaut d'un terme expressément convenu, il faudra s'en rapporter à la lettre rigoureuse de l'article 1177, sans préjudice toutefois des circonstances particulières qui peuvent, suivant les règles de l'interprétation, établir que les parties ont fixé tacitement un délai différent et plus rapproché.

20. La condition négative est enfreinte irrévocablement aussitôt qu'il y a été contrevenu. Et il y est contrevenu par l'arrivée de l'événement qui ne devait pas arriver, peu importe même que les choses puissent être remises dans leur premier état. Il est passé en maxime que, quelles que soient les réparations offertes, la défaillance est définitive et irréparable; *conditio quæ defecit non restauratur* (1).

21. La condition négative ou positive peut consister dans la consommation ou la non consommation d'un fait juridique. Quel doit en être le caractère pour que la condition soit censée accomplie ou défaillie? Il suffit qu'il soit définitif, comme les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'il le fût.

Je vous promets tant, si je ne vous vends pas mon cheval. Il est satisfait à la condition par la vente que j'en consens à un tiers. En vain prétendrais-je que je puis racheter le cheval et vous le vendre; qu'il n'est pas dès lors certain que la condition soit définitivement accomplie. De même, j'achète de vous tel emplacement à bâtir, si vous ne me louez pas votre maison. La condition sera accomplie si vous la louez à un tiers. Et inutilement prétendrez-vous que pour être actuellement louée à un tiers, elle peut encore m'être louée plus tard. La condition sera néanmoins censée exécutée, suivant l'intention vraisem-

(1) Furgole, ch. 7, sect. 5, n° 138.

blable des parties qui ont entendu s'en tenir au premier fait du promettant, qui aurait en lui-même un caractère définitif, et rendrait par suite l'exécution de la condition désormais impossible, les choses demeurant en l'état.

22. Mais que doit-on décider lorsque le fait juridique qui fait l'objet de la condition positive ou négative est soumis lui-même, soit à une condition suspensive ou résolutoire, soit à une action en nullité ou en rescision? La solution de cette question, qui ne laisse pas d'être un peu délicate, repose sur plusieurs distinctions. Pour être plus intelligible, nous raisonnerons sur des exemples.

Je vous vends tel domaine, sous la condition suspensive ou résolutoire, si vous vendez votre maison à Paul. La condition a pour objet un fait juridique de votre part, la vente de votre maison à Paul. Vous vendez effectivement votre maison à Paul; mais votre vente est subordonnée à une condition suspensive. La condition de notre contrat ne sera censée accomplie que lorsque la condition de la vente que vous avez consentie à Paul le sera elle-même. Tant que cette dernière condition n'est pas exécutée, il n'est pas certain en effet que celle de notre convention le soit, puisque le fait juridique qui en fait la condition n'a rien de définitif.

Voilà pour le cas où aucun terme n'a été fixé pour la vente de votre maison à Paul. Mais si un délai avait été déterminé; par exemple, si nous avions ajouté, si vous vendez d'ici à un an votre maison à Paul, et que votre vente fût elle-même soumise à une condition suspensive, la condition serait censée défaillie, si la condition de la vente consentie par vous à Paul n'avait été elle-même accomplie dans le délai. D'une part, en effet, cette vente n'a pas reçu son entière perfection, et, d'autre part, on ne peut me laisser dans une incertitude plus longue que le délai même que nous avons déterminé. La condition doit donc être censée défaillie, et cette déchéance est irrévocable, indépendante de la perfection que pourra recevoir la vente de votre maison à Paul, par l'accomplissement ultérieur de sa condition particulière.

Si nous supposons une condition négative, nous arrivons à des solutions analogues. Je vous vends mon domaine, si vous ne vendez pas votre maison à Paul. Vous vendez à un tiers, mais sous condition suspensive; la condition ne sera accomplie que lorsque celle de votre vente consentie à un tiers l'aura été elle-même, parce que de ce moment-là seulement il sera certain que vous ne vendrez pas à Paul. Si un terme avait été fixé, la condition serait accomplie par l'expiration de ce délai, parce qu'il est dès lors certain que, quoi qu'il arrive, vous ne vendrez pas à Paul dans le délai déterminé, puisqu'il est expiré.

Prenons un autre cas : je vous vends mon domaine, si vous ne vendez pas votre maison à Paul. Vous la vendez cependant à Paul sous condition suspensive. La condition ne sera censée défaillie qu'à l'accomplissement de la condition particulière sous laquelle vous avez vendu à Paul. Ce n'est en effet qu'à ce moment-là que cette vente prend un caractère définitif, et constitue une infraction irrémissible à la condition de notre contrat.

Il s'ensuit que si un terme avait été fixé, elle serait défaillie par sa seule expiration, parce que, d'une part, il est incertain que votre vente à Paul ne devienne point définitive, et que, d'autre part, on ne peut prolonger mon incertitude au-delà du terme fixé. Et il importe peu que, la condition venant à défaillir plus tard, l'acquisition de Paul ne tienne point.

Passons au cas où le fait juridique apposé comme condition a été subordonné lui-même à une condition résolutoire. La condition du premier contrat ne sera réputée accomplie ou défaillie, suivant qu'elle sera positive ou négative, que lorsque la condition résolutoire du second sera elle-même réputée défaillie, c'est-à-dire lorsqu'il sera certain que celui-ci, de résoluble qu'il était d'abord, est devenu définitif.

Que si un terme a été fixé, la condition ne sera, suivant la même distinction entre la condition négative et positive, censée défaillie ou accomplie, que lorsqu'il sera devenu certain, dans le délai fixé, que la condition résolutoire ne s'accomplira

pas. Autrement, on soumettrait les parties à des éventualités qu'elles ont voulu éviter en déterminant un délai; ou bien on prendrait, contre toute raison, un contrat résoluble pour un acte parfaitement définitif, en réputant défaillie une condition résolutoire qui, en fait, ne l'est pas du tout à l'expiration du terme fixé.

Quand nous supposons une condition résolutoire à laquelle est subordonné le fait juridique pris pour condition d'un autre acte, nous n'entendons point parler de la condition résolutoire tacitement sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfait pas à ses engagements. Malgré l'existence de cette condition, le contrat est définitif dans l'intention des parties. Celle qui est en droit de s'en prévaloir peut l'invoquer ou non. A vrai dire, elle aboutit à une répétition de ce qui a été payé sans cause. On ne peut donc en opposer l'existence, pour en faire dépendre la défaillance ou l'accomplissement d'une condition que le caractère définitif de l'acte suffit pour faire considérer comme immédiatement accomplie ou défaillie, suivant que cet acte doit ou ne doit pas arriver.

23. Si le fait juridique pris pour condition d'un autre acte était lui-même entaché d'un vice qui donnât lieu à une action en nullité ou en rescision, il faudrait distinguer entre les cas de nullités absolues et ceux de nullités relatives.

S'agit-il d'une nullité absolue, toutes parties contractantes dans le premier acte auquel la consommation ou la non consommation du second acte sert de condition suspensive ou résolutoire, toutes parties contractantes, disons-nous, peuvent s'en prévaloir pour établir soit la défaillance, soit l'accomplissement de la condition. La condition sera dès lors censée défaillie ou accomplie, suivant les circonstances, c'est-à-dire suivant que l'annulation du fait juridique, réputé désormais non avenu, en emporte la défaillance ou l'accomplissement.

S'agit-il, au contraire, d'une nullité relative, celui-là seul pourra l'opposer en faveur duquel cette nullité a été introduite

par la loi. Ainsi, il aura la faculté d'opposer, suivant son intérêt, soit la nullité, soit l'existence du second acte pris pour condition positive ou négative du premier, pour faire réputer cette condition accomplie ou défaillie. Tels sont les cas de dol, de violence, d'erreur, de lésion, d'incapacité, d'indisponibilité relative. Celui qui se prévaudra de cette nullité n'aura qu'à la faire prononcer contre qui de droit ; et il importera peu qu'elle soit poursuivie et prononcée, même après l'expiration du délai fixé pour l'accomplissement de la condition, parce que l'acte qui en est infecté est censé n'avoir jamais eu d'existence légale.

Quant à l'autre partie, bien qu'elle ne puisse se prévaloir de la nullité relative, elle aura cependant le droit d'intervenir dans l'instance en nullité ou en rescision pour soutenir, dans la mesure de son intérêt, la validité du second acte, qui est la condition positive ou négative du premier, et faire en conséquence reconnaître soit la défaillance, soit l'accomplissement de la condition.

Article 1178.

La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement.

Sommaire.

1. Celui qui est chargé d'une condition ne doit rien faire qui en empêche l'accomplissement.
2. La condition est alors censée accomplie, par forme de dommages et intérêts.
3. Cette disposition est générale.
4. Exceptions, si le promettant est maître de la condition,
5. S'il s'agit d'une disposition rémunératoire,
6. Si le débiteur exerce un droit légitime.
7. Peu importe qu'il y ait eu ou non intention d'empêcher.
8. Le créancier peut en outre avoir droit à des dommages et intérêts.
9. Exemples, où il n'y a même lieu qu'à des dommages et intérêts. Assignats limitatifs. Constitutions de dot.
10. L'empêchement existe quand l'accomplissement est devenu désormais impossible, bien qu'il fût incertain,

11. Exemple : si l'une des parties empêche l'un des experts d'estimer l'objet vendu, les juges peuvent en nommer un autre à sa place.
12. Distinction entre les faits uniques et les faits successifs.
13. La condition est réputée accomplie, même à l'égard des tiers.
14. L'empêchement doit venir du débiteur personnellement.
15. S'il y a plusieurs codébiteurs, distinction entre les obligations divisibles et indivisibles.
16. La condition peut être réputée accomplie, suivant l'intention des parties, quand son inexécution ne résulte que d'une force majeure,
17. Sauf les cas de faute et de négligence.
18. De l'exécution du mode. Si la force majeure peut en dispenser.
19. Questions d'interprétation.
20. *Quid*, si l'obligation est stipulée payable seulement après l'exécution du mode.
21. Influence de la nature de l'acte sur ces questions.
22. Dans le doute, il faut s'en tenir au maintien de l'acte.
23. Exécution du mode par équipollence.

COMMENTAIRE.

1. S'il est vrai que celui qui doit accomplir une condition ne peut y être juridiquement contraint, il est également vrai qu'il ne doit rien faire qui en empêche l'accomplissement. Pour n'être soumis à aucune action en exécution de la condition apposée, il n'est pas pour cela dispensé de la bonne foi, suivant laquelle toute convention doit être exécutée. Lors donc que le débiteur empêche par dol, faute ou négligence l'accomplissement de la condition sous laquelle il est obligé, il viole la loi du contrat.

2. Régulièrement, cette inexécution de la convention ne devrait donner lieu qu'à des dommages et intérêts. Cependant, comme l'exécution du contrat est possible, et qu'elle assure à la partie intéressée la satisfaction la plus complète, la loi dispose que la condition est réputée accomplie, lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement (1178). Et cette fiction équivaut à la réalité.

Ce principe se trouve consacré dans une foule de textes du droit romain (1), et n'est, d'ailleurs, que la conséquence de

(1) L. 85, § 7, *ff. De verb. oblig.* — L. 81, § 1; L. 81, *ff. De cond. et dem.*

cette règle de droit, qu'on doit toujours tenir pour accompli ce que l'adversaire a empêché de faire; *in omnibus causis pro facto accipitur id in quo per alium mora fit quominùs fiat* (1).

3. Cette disposition est générale et n'admet aucune distinction entre les conditions négatives, positives, suspensives, résolutoires, casuelles, mixtes ou potestatives. Quand nous parlons de conditions casuelles, il est évident que nous supposons des conditions qui ne soient pas dépendantes d'une puissance si étrangère et si supérieure que le débiteur soit sans action directe ou indirecte sur leur agent.

4. Il n'est cependant pas absolument vrai que la condition soit toujours réputée accomplie, lorsque c'est le débiteur obligé sous cette condition qui en a empêché l'accomplissement. Une première exception se présente naturellement; c'est lorsque celui qui est obligé sous une condition n'a qu'à faire intervenir sa volonté pour en empêcher l'accomplissement. Je vous vends ma maison, si j'épouse telle personne. Libre d'épouser ou non la personne indiquée, je suis maître absolu de l'exécution de la condition. Il importe donc peu par quel moyen j'aurai mis cette condition potestative de ma part dans l'impossibilité de s'accomplir. Tout empêchement pourra être mis impunément sur le compte de ma volonté, puisqu'elle suffisait pour empêcher l'exécution de la condition. Bien loin d'être censée accomplie, elle sera réputée défaillie.

5. A cette première exception résultant de la nature de la condition, nous en ajoutons une autre, que nous faisons dériver de la nature de la disposition ou du contrat. Si l'obligation a un caractère rémunératoire en faveur du fait apposé comme condition, le débiteur a le droit d'en empêcher l'accomplissement, sans que pour cela elle soit réputée accomplie. Libre d'accepter ou non le fait dont son obligation est la rémunération; n'ayant qu'à ne pas vouloir pour l'empêcher, l'empêchement qu'il apporte à son accomplissement n'est, à

(1) L. 39, *ff. De reg. jur.* — POTHIER, *Oblig.*, n° 212.

tout prendre, que l'exercice d'un droit légitime. Seulement il peut devoir une indemnité proportionnelle à l'exécution partielle de la condition, si elle a été partiellement exécutée.

La loi 84, *ff. De cond. et dem.*, nous en fournit un exemple: je donne tant à d'anciens domestiques, s'ils restent au service de mon fils. Il part pour l'armée. Question de savoir si la condition est accomplie. Le jurisconsulte Paul distingue : la condition est réputée accomplie, parce qu'il n'a pas dépendu d'eux de rester auprès de mon fils, *per eos non stetit quominùs morarentur*. Cependant, si j'ai eu en vue l'intérêt de mon fils, *si tamen propter filii utilitatem*, c'est-à-dire si ma donation a un caractère rémunératoire, ils seront repoussés dans leur demande.

6. Tout ceci n'est que la conséquence du principe que l'empêchement apporté à l'accomplissement de la condition doit constituer une infraction à la loi du contrat ou de la disposition. A défaut de ce caractère, il est innocent, comme tout exercice d'un droit légitime, et la seule conséquence qu'on en puisse tirer est, non pas de considérer la condition comme accomplie, mais, au contraire, comme défaillie.

Telle est cette condition : je vous lègue ma maison, si vous payez à Titius ce que je lui dois. Après la confection de mon testament, moi, testateur, je paye Titius; la condition est défaillie, *conditionem defecisse intelligi*, dit Papinien (1).

Je vous vends ma maison, si vous donnez dans deux mois telle somme à Pierre. En vertu d'obligations antérieures, je vous exécute dans vos biens et vous réduis à l'impossibilité de payer un centime. Vous ne pouvez dire que je vous ai empêché d'accomplir la condition, parce que j'ai agi légalement, *jure feci*, et qu'il a, au contraire, dépendu de vous de faire cesser mes poursuites en me payant. C'est votre faute, dont vous êtes responsable, ou le malheur de votre position, qui ne peut m'être imputé. Tel serait enfin le cas où la condition étant : si vous

(1) L. 72, § 7, *ff. De cond. et dem.*

allez à Paris, je vous aurais fait emprisonner pour dettes (1).

7. Il est d'ailleurs indifférent pour l'application de l'article 1178 que le fait du débiteur ait eu lieu avec ou sans le dessein d'empêcher l'accomplissement de la condition. Il suffit qu'il l'ait empêché. L'application de la loi soulève en effet une question d'imputabilité qui doit être régie par les mêmes principes que l'appréciation des dommages et intérêts pour inexécution des conventions. Lors donc que le créancier prétendra que l'accomplissement de la condition a été empêché par le fait de son débiteur, il aura satisfait aux exigences de la loi en établissant que cette inexécution lui est réellement imputable, comme étant le résultat de son dol, de sa faute, de sa négligence, toutes causes d'un dommage qui doit être réparé.

Mais l'inexécution de la condition doit être la suite immédiate et directe de l'empêchement, dans le sens légal qu'il convient de donner à ces expressions. Cette question d'imputabilité ne laisse pas toutefois de présenter de sérieuses difficultés dans la pratique. La théorie elle-même, impuissante à prévoir et à résoudre toutes les espèces, ne peut poser que cette règle générale : c'est que les juges doivent éviter de s'égarer dans une suite de faits dont l'enchaînement équivoque et incertain peut conduire aux plus extravagantes conséquences; c'est qu'ils doivent toujours se rappeler que la certitude de l'imputabilité s'affaiblit à mesure que ses éléments, par une dégradation successive, s'éloignent de la cause primordiale à laquelle on prétend rattacher le fait. Quand nous demandons que l'inaccomplissement de la condition soit la suite immédiate et directe du fait du débiteur, nous ne voulons donc qu'une certitude légale de responsabilité.

8. Il est des cas où il ne suffit point au créancier que l'on se borne à tenir pour accomplie la condition dont l'exécution a été empêchée par le débiteur. Outre l'application de cette fiction, il peut encore avoir droit à de véritables dommages et

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 212. — Toullier, t. 6, pag. 616, note.

intérêts, suivant les circonstances, lorsque le fait qui a empêché l'accomplissement de la condition lui a causé d'ailleurs un dommage dans sa personne ou dans ses biens.

9. Il y a même telle espèce de conditions auxquelles les dispositions de l'article 1178 sont nécessairement inapplicables, et dont l'inaccomplissement par la faute du débiteur se résout toujours en dommages et intérêts. Nous voulons parler des conditions virtuelles qui résultent des assignats limitatifs. Je vous vends le poulain qui naîtra de ma jument, tant d'hectolitres de blé sur ma récolte de l'année prochaine, etc... La condition porte, dans ce cas, sur l'existence même de la chose qui fait l'objet du contrat. Si donc le débiteur par son dol, sa faute, sa négligence empêche la condition de s'accomplir, c'est-à-dire l'objet même de la convention d'exister, il serait absurde de tenir la condition pour accomplie, puisque cette fiction ne peut aboutir à l'exécution d'une obligation qui manque d'objet. On aura beau feindre l'accomplissement de la condition, on ne pourra faire que l'objet de la convention existe, qu'il existe un poulain, qu'il existe du blé.

D'autre part, il résulte de la nature même de la condition que le débiteur est si peu le maître de son accomplissement, que non seulement il doit ne rien faire qui l'empêche, mais qu'il doit de plus y veiller d'une manière active. L'exécution de la condition se confond alors avec l'exécution même de sa promesse; d'où il suit que s'il n'a pas apporté à la provenance ou à la conservation de la chose les soins dont il était tenu, suivant la nature de son obligation, il est responsable envers le créancier de cette omission préjudiciable.

Les dispositions de l'article 1178 sont encore inapplicables au cas où l'obligation a un caractère particulier, une affectation spéciale que la réalisation de la condition peut seule lui attribuer. Alors donc que le débiteur a empêché l'accomplissement de la condition sous laquelle il est obligé, il n'y a pas lieu, dans notre hypothèse, à tenir la condition pour accomplie, comme dans les cas ordinaires. Telles sont

les donations en faveur de mariage, déclarées caduques si le mariage ne s'ensuit pas (1088). La condition de mariage sous laquelle elles sont faites, affecte la nature même de l'obligation. Elles ont une destination particulière; elles doivent recevoir un emploi déterminé; elles sont assignées au soutien du futur mariage; en un mot, elles sont une dot. Or, comme l'article 1178 contient une fiction légale, et que l'application de cette fiction ferait violence à la réalité, en maintenant les donations malgré la défaillance du mariage et sans que leur destination fût remplie, on ne peut réputer exécutée la condition de mariage sous laquelle le donateur est obligé, et dont il a empêché lui-même l'accomplissement. Le donataire ne peut exercer contre lui qu'une action en dommages et intérêts, dont la quotité est appréciable suivant les circonstances.

10. Pour que la condition dont le débiteur a empêché l'accomplissement soit réputée accomplie, il faut que cet empêchement ait eu pour résultat d'en rendre l'exécution désormais impossible, comme les parties ont entendu et voulu qu'elle fût faite.

Il suffit même pour l'application de l'article 1178 que l'obstacle ait amené la défaillance de la condition, bien que, sans lui, l'accomplissement de la condition supposée pendante dût être encore incertain. Ce serait en effet exagérer les dispositions de la loi, que de vouloir que l'empêchement ait été apporté dans des circonstances telles que, s'il ne fût pas arrivé, la condition se fût immanquablement accomplie. Notre article parle d'empêchement; empêcher, c'est faire défaillir la condition. Il suffit donc de cette certitude que la condition ne sera pas exécutée par suite de l'obstacle, sans qu'on exige en outre la certitude, d'ailleurs contraire à son essence, qu'elle se fût accomplie, en cas que l'obstacle n'eût pas été apporté.

L'obligation a-t-elle été contractée sous la condition qu'un évènement arrivera dans un temps fixe, cette condition étant censée défaillie lorsque le temps est expiré sans que l'évènement soit arrivé, elle sera réputée accomplie, si le débiteur,

obligé sous cette condition, en a empêché l'accomplissement dans le temps qui avait été fixé.

Mais s'il n'y a point de temps fixe, comme la condition peut toujours être accomplie, elle ne devra être réputée telle, que du moment que l'obstacle apporté à son exécution par le débiteur aura donné la certitude que l'évènement n'arrivera point.

L'obligation a-t-elle été contractée sous la condition qu'un évènement n'arrivera pas, soit qu'il y ait un temps déterminé ou qu'il n'y en ait point, elle ne sera réputée accomplie que du moment que le débiteur aura fait arriver l'évènement, et l'aura fait arriver d'une façon si irréparable qu'il soit impossible de ne pas en tenir compte, et qu'il n'y ait même plus moyen de se demander s'il peut encore arriver ou ne pas arriver.

En résumé, pour l'application de l'article 1178, il faut une inexécution telle que, non seulement la condition fût censée défaillie, en cas que l'empêchement apporté à son exécution ne fût point venu du débiteur, mais encore que, par suite de cet empêchement, la défaillance de la condition soit un fait irrémissiblement accompli et irréparable dans l'avenir. Si elle peut en effet être encore accomplie, malgré l'obstacle apporté par le débiteur, on ne peut dire que celui-ci en ait empêché l'exécution, et conséquemment que le stipulant ait droit d'ores et déjà au bénéfice d'une fiction qui pour le moment manque de base.

Mais ce n'est pas à dire qu'il ne puisse demander au débiteur des dommages et intérêts pour le fait qui a retardé, entravé, rendu plus difficile pour lui l'accomplissement de la condition. Il a un droit certain à la réparation du dommage qui lui a été causé.

11. De ce que la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement, il suit que la vente n'est pas nulle, par suite du refus de l'un des experts convenus pour déterminer le prix, lorsque ce refus de procéder est le résultat des manœuvres de l'une des parties. Dans ce cas, on ne peut appliquer

les dispositions de l'article 1592. En effet, les manœuvres pratiquées par l'une des parties pour empêcher l'expertise, sont une violation formelle du contrat, en ce qu'elles empêchent frauduleusement l'accomplissement de la condition. L'article 1592, en disant qu'il n'y a pas de vente si la condition fait défaut, suppose que l'expertise n'a pas eu lieu, soit par suite d'une force majeure, ou du refus libre et spontané des experts. Il ne se place pas dans l'hypothèse d'un fait de dol, de fraude, de violation du contrat par l'une des parties. Il faut donc combiner ses dispositions avec celle de l'article 1178. Autrement, ce serait consacrer les actes de mauvaise foi.

Mais la condition a ici cela de particulier, que son inaccomplissement empêche le contrat de contenir l'un des éléments essentiels, la fixation d'un prix. Cessera-t-il d'être nul, et sera-t-il encore obligatoire, en ce sens que l'autre partie pourra demander des dommages et intérêts, ou bien en ce sens que les tribunaux pourront nommer un autre expert à la place de celui qui refuse, afin d'arriver à la consommation de la vente?

Ces deux actions appartiennent incontestablement à la partie qui a été victime des manœuvres de l'autre. Elle peut agir simplement en dommages et intérêts, ou, à son choix, demander, aussi avec dommages et intérêts, suivant les circonstances, aux tribunaux la nomination d'un expert, en remplacement de celui qui n'a pas opéré, afin d'arriver à la fixation d'un prix et à la réalisation du contrat.

Il est vrai que, dans ce cas, ce n'est plus l'exécution littérale de la convention, puisque la justice intervient pour la nomination d'un expert, là où cette désignation avait été exclusivement réservée à la volonté libre des contractants. Mais celui qui s'est rendu coupable des manœuvres qui ont empêché l'évènement de la condition, ne peut pas se plaindre de l'intervention de la justice, puisque c'est lui qui par sa faute l'a rendue nécessaire. Autant vaudrait dire qu'il est en droit de ne pas tenir ses engagements (1).

(1) Toulouse, 10 août 1844. Sirey, 45, 2, 152.

Il est évident au surplus que la partie coupable de manœuvres frauduleuses ne pourrait imposer à l'autre la nomination d'un expert judiciaire, à la place de l'expert convenu. Elle ne saurait en effet tirer argument de son dol, de sa faute personnelle et de ses conséquences pour changer, au préjudice et contre le gré de son adversaire, les conditions d'un contrat de l'inexécution duquel elle est seule responsable.

12. Lorsque l'événement apposé comme condition est un fait simple et un, il suffit que l'empêchement apporté par le débiteur ait le même caractère, pour que la condition soit dès lors réputée accomplie.

Mais si la condition ne doit s'accomplir que par une succession de temps, il faut que le débiteur en ait empêché l'exécution à chacun des instauts où son accomplissement partiel pouvait s'opérer. Il existe en effet des conditions qui de leur nature ne peuvent s'accomplir dans un temps unique, et qui comportent nécessairement une certaine division dans le temps, *quædam conditiones naturâ sui nec possunt eodem tempore impleri, sed necessariam habent temporis divisionem* (1). Je m'oblige, par exemple, à donner tant à un ouvrier, s'il me fait dix journées de travail. Il se présente pour travailler le premier jour, je le congédie ; la condition n'est pas censée accomplie pour ce jour. Elle ne sera réputée telle que lorsque dix fois il se sera présenté, et que dix fois je l'aurai congédié sans le faire travailler. L'empêchement n'existe en effet qu'après épuisement, un à un, des jours de travail qui constituent, par une division du temps, le mode successif de l'accomplissement de la condition (2).

Notons cependant qu'il peut s'élever une question d'interprétation, et que le renvoi de l'ouvrier pendant dix jours successivement, pourrait ne pas avoir pour effet de faire considérer la condition comme accomplie. Ma promesse peut avoir un caractère de rémunération et de salaire. Dans ce cas, l'ouvrier

(1) Loi 20, § 5, *ff. De statulib.*
(2) Pothier, *Oblig.*, n° 212. — Toullier, t. 6. pag. 647, note.

n'aurait qu'une action en résolution du marché, ou en dommages et intérêts pour inexécution.

Mon obligation peut encore être entendue en ce sens, que je me suis réservé indéfiniment ou dans une certaine mesure le droit d'accepter le travail de l'ouvrier, à mon heure et suivant ma convenance, sans que le refus de son travail pendant un certain nombre de jours le dispense de l'exécuter pour l'avenir, et fasse réputer la condition accomplie.

13. Lorsque, aux termes de l'article 1178, la condition est censée exécutée, elle l'est non seulement à l'égard des parties elles-mêmes, mais encore à l'égard des tiers. La fiction de la loi n'a pas ici moins de force que la réalité, à l'égard de tous. La loi ne faisant aucune distinction, le créancier pourra invoquer, envers les tiers, comme envers son débiteur, l'accomplissement fictif de la condition, tout aussi bien que son accomplissement réel; et les conséquences de droit en seront exactement les mêmes.

14. Les termes mêmes de l'article 1178 indiquent suffisamment qu'il ne doit recevoir d'application, que lorsque c'est le débiteur lui-même qui a empêché l'accomplissement de la condition sous laquelle il était obligé. Si donc l'empêchement était venu d'un accident, d'un cas fortuit, d'une force majeure, en un mot, d'une force étrangère qui ne lui est pas imputable, on ne pourrait réputer la condition accomplie, sauf les exceptions que nous allons plus loin établir. La fiction de la loi manque en effet de base, puisque la responsabilité personnelle du débiteur n'est pas engagée à la réparation du dommage arrivé au créancier.

Mais la partie intéressée à l'exécution de la condition pourrait seulement intenter une action en dommages et intérêts, à raison du préjudice à elle causé par l'inaccomplissement de la condition, contre le tiers qui par dol ou faute y aurait mis empêchement.

Cependant, si le débiteur s'était, par une excitation, une assistance, une coopération quelconque, rendu complice du

tiers étranger qui a empêché l'accomplissement de la condition sous laquelle il était obligé, cette condition serait alors réputée accomplie, comme s'il y avait lui-même apporté l'obstacle. Complice, il est traité comme auteur principal. Tenu à ce titre de la réparation du dommage, il doit souffrir l'application de l'article 1178.

Si le tuteur, en cette qualité, avait empêché l'accomplissement de la condition sous laquelle le mineur était obligé, la condition serait tenue pour accomplie. Représentant le mineur, le tuteur n'est pas un tiers, et son fait est censé celui du pupille lui-même (1). Il faut sans doute en dire autant de tous ceux qui ont la gestion et l'administration des choses d'autrui, pourvu qu'ils aient agi en cette qualité.

15. S'il y avait plusieurs codébiteurs, et que l'un d'eux seulement eût empêché l'accomplissement de la condition sous laquelle ils étaient obligés, faudrait-il tenir, dans ce cas, la condition pour accomplie? Il convient de faire une distinction : l'obligation est-elle divisible et simplement conjointe, comme alors chacun des codébiteurs n'est tenu que pour sa part et portion, et qu'il y a autant d'obligations conditionnelles que de quote-parts dans l'obligation principale, la condition ne devra être censée accomplie que vis-à-vis de celui-là seul qui en aura empêché l'accomplissement. Que si, au contraire, l'obligation est solidaire ou indivisible, comme alors chacun des codébiteurs est personnellement obligé pour le total, et que l'obligation ne peut pas plus être divisée dans son payement que la condition elle-même dans son exécution, la condition est censée accomplie vis-à-vis de tous, et non point seulement vis-à-vis de celui qui en a empêché l'accomplissement.

Mais alors les codébiteurs qui personnellement n'y ont point mis obstacle pourront agir en dommages et intérêts contre celui d'entre eux qui a empêché la condition de s'accomplir. Cette action ne leur appartiendra cependant pas toujours. Ils

(1) Loi 34, § 1, *ff. De leg. et fideic.*, 2°.

ne seront en droit de l'exercer que dans le cas où l'empêchement apporté à l'exécution de la condition n'a fait que rendre cette exécution désormais impossible, sans qu'il fût d'ailleurs certain qu'autrement elle se fût accomplie. Comme son accomplissement était alors incertain, tandis que l'obstacle qui l'a empêchée l'a fait d'ores et déjà réputer accomplie, il y a dans l'application de cette fiction, pour les autres codébiteurs exempts de faute, un préjudice réel dont réparation leur est due, puisqu'elle leur enlève le bénéfice de l'incertitude et des éventualités qui étaient inhérentes à la condition. Mais si l'obstacle apporté par l'un d'eux l'avait été dans des circonstances telles que, sans lui, la condition se fût certainement et immanquablement accomplie, comme alors les autres codébiteurs n'en éprouvent aucun dommage sous ce rapport, puisque la fiction ne fait que remplacer la réalité, il est évident qu'ils seraient mal fondés dans leur action en dommages et intérêts. Elle serait sans cause.

16. Quelque incontestable que soit ce principe posé par l'article 1178, que la condition est réputée accomplie seulement dans le cas où c'est le débiteur lui-même, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement, cependant il admet quelques exceptions que nous devons examiner.

Nous l'avons déjà dit : lorsque l'évènement apposé pour condition dépend exclusivement du hasard, comme les chances et les éventualités ont été prises en considération, on ne peut excuser le non accomplissement de la condition par l'obstacle résultant d'un cas fortuit et d'une force majeure. La condition ne peut sous ce prétexte être tenue pour accomplie.

Alors, au contraire, que la condition est mixte ou potestative, elle peut être, suivant les circonstances, réputée exécutée, lorsque l'empêchement n'est venu que d'un accident, d'un cas fortuit, sans faute ou négligence imputable à celui qui devait l'accomplir. Cette exception est fondée sur cette grande règle d'interprétation posée par l'article 1175, que les conditions doivent être exécutées de la manière que les parties ont

vraisemblablement voulu et entendu qu'elles le fussent. Or, comme la condition potestative ou mixte suppose toujours dans son exécution l'intervention de la volonté et de la puissance personnelle de celui qui doit l'accomplir, et que ce dernier est l'agent unique ou principal, ou tout au moins commun de la condition apposée, on peut quelquefois, sans faire violence à l'intention des parties, supposer que celle d'entre elles qui a stipulé une condition de cette nature, a entendu tenir compte des empêchements résultant des cas fortuits et de la force majeure.

Ce n'est pas que la condition soit de celles que nous avons considérées comme impossibles. Nous la supposons, au contraire, possible et valable en ce sens que, si elle n'a pas été accomplie, ce n'est que par suite d'une impossibilité extrinsèque qui s'est rencontrée seulement dans l'exécution. Lors donc que son accomplissement a manqué sans la faute ou la négligence de celui qui en était grevé, l'unique question est de savoir si le stipulant, en faisant une part si large à la volonté de l'autre partie, n'a pas entendu avoir égard à l'obstacle que l'exécution de la condition a rencontré ; se contenter, par la force même des choses, de la bonne volonté du débiteur, et tenir conséquemment pour accomplie la condition qui n'a défailli que par suite d'une force majeure constituant, pour ce dernier, un motif même d'excuse, au lieu d'un cas de responsabilité. Ainsi posée, la question n'est plus qu'une question d'interprétation et de fait.

On comprend d'abord qu'en matière de contrats, et surtout de contrats à titre onéreux, l'interprétation doit être plus rigoureuse et plus sévère. On ne peut, en effet, sans courir le risque de violer l'intention des parties, déclarer obligatoires des conventions dont l'exécution était subordonnée, n'importe pourquoi et dans quel intérêt, si les termes sont clairs et précis, à l'accomplissement d'une condition quelconque. Les juges doivent alors s'en tenir à la rigueur du contrat ; ils ne peuvent réputer la condition accomplie, sous prétexte que son intérêt n'est pas très apparent, que son exécution n'a manqué que par

cas fortuit, que le débiteur y a mis toute la bonne volonté possible, que déjà il avait tout préparé, tout disposé et même fait quelque chose pour son accomplissement (1).

Quelle que soit néanmoins la sévérité de l'interprétation dans cette matière, on peut imaginer des cas où, bien qu'il s'agisse de contrats, la condition inaccomplie, sans la faute de celui qui devait l'accomplir, doit être néanmoins réputée exécutée. Je vous vends ma maison dix mille francs, si vous donnez mille francs à Paul. Vous offrez ces mille francs à Paul ; il refuse de les recevoir. A coup sûr, si la condition n'est pas accomplie, il n'y a pas de votre faute. Faut-il décider cependant que la condition est défaillie? Cette rigueur serait excessive ; car il est évident que la condition renfermait cette autre condition tacite, si Paul veut les recevoir, puisqu'il est lui-même en droit de renoncer à une clause introduite en sa faveur. La condition ne serait-elle pas d'ailleurs accomplie dans le cas où Paul, après avoir reçu les mille francs, vous les aurait restitués? Qu'importe donc qu'il commence par vous en faire remise, puisque j'y suis, nous le supposons, sans le moindre intérêt juridiquement appréciable ?

Mais, en matière de testaments, les lois se sont montrées plus indulgentes au sujet de l'accomplissement des conditions potestatives ou mixtes qui y sont insérées. C'est surtout à leur égard que la bonne volonté tient lieu d'exécution, parce que les actes de dernière volonté sont susceptibles d'une interprétation plus large (2).

En effet, les dispositions testamentaires ont leur cause, leur motif déterminant dans l'esprit de libéralité qui les inspire. Alors donc que le testateur nomme un légataire ou un héritier sous condition potestative ou mixte, la part qu'il fait à sa volonté dans l'exécution de la condition porte naturellement à

(1) POTHIER, n°s 213 et 214. — FURGOLE, *Testam.*, ch. 7, sect. 2, n° 83. — TOULLIER, T. 6, n° 610.

(2) POTHIER, n° 213. — FURGOLE, *Testam.*, ch. 7, sect. 2. — TOULLIER, T. 6, n° 611.

penser qu'il n'a entendu soumettre le legs ou l'institution à l'accomplissement de la condition, que tout autant qu'il n'y aurait pas d'impossibilité, sans la faute ou la négligence de celui qui était chargé de l'accomplir. *Non videtur enim defectus conditione, si parere conditioni non possit : implenda est enim voluntas, si potest* (1). Voilà la règle générale posée par le droit romain, suivie par notre ancienne jurisprudence, recommandée par les interprètes du Code Napoléon.

Je vous institue héritier, si vous allez à Paris, si vous payez mille francs à Titius, si vous épousez Mœvia. Une force majeure vous empêche d'aller à Paris; Titius ou son tuteur pour lui (2) refuse de recevoir les mille francs (3); Mœvia refuse de vous épouser, elle meurt avant l'âge de nubilité, elle meurt même après les préparatifs, mais avant la célébration du mariage; la condition est censée accomplie, parce qu'il n'a pas dépendu de vous qu'elle le fût (4).

On peut citer une foule de textes du droit romain qui consacrent cette interprétation favorable.

Un légataire ou un héritier est institué, s'il adopte Titius; il est exhérédé, s'il ne l'adopte pas. Titius ne veut point. Néanmoins la condition est censée accomplie (5).

S'il épouse sa cousine; ce n'est pas lui qui refuse, mais elle. La condition est réputée exécutée. Le plus souvent en effet ces conditions d'épouser, de donner, de faire doivent être entendues en ce sens, qu'il suffit que leur exécution ne dépende point de celui qui en est chargé. *Plerumque enim hæc conditio si uxorem duxerit, si dederit, si fecerit, ita accipi oportet, quod per eum non stet quominùs ducat, det, aut faciat* (6).

(1) L. 8, § 7, *ff. De cond. instit.*

(2) RICARD, *Donat.*, n° 437.

(3) L. 3, *ff. De cond. instit.*

(4) RICARD, *Donat.*, nos 410 et suiv. — POTHIER, *Oblig.*, n° 214. — TOULLIER, T. 6, n° 611.

(5) L. 11, *ff. De cond. instit.*

(6) L. 23, *ibid.* — L. 31, *ff. De cond. et dem.*

Si vous affranchissez un esclave; il en est de même si l'esclave vient à mourir avant son affranchissement (1).

Une observation importante, c'est que la condition ne doit en général être censée accomplie que tout autant que l'empêchement vient de la personne en qui la condition devait s'accomplir, soit qu'il résulte d'un cas fortuit, d'une force majeure ou d'un fait volontaire et spontané de sa part. Que si, au contraire, l'empêchement vient de celui qui doit accomplir la condition, fût-ce même un accident de force majeure, la condition, loin d'être réputée exécutée, est, dans ce cas, censée défaillie. Ainsi, je charge mon héritier de payer tant à Titius, s'il épouse Seia; la mort de Titius fait défaillir la condition, *morte ejus conditio defecisse intelligitur*, tandis que le refus de Seia la fait réputer accomplie (2).

Mon héritier est chargé de donner cent francs à Stichus et à Pamphila, s'ils se marient ensemble? Stichus meurt avant l'ouverture de la succession; la condition est défaillie pour l'un et pour l'autre, et l'héritier garde le montant du legs. Sont-ils vivants tous les deux, et Stichus refuse-t-il d'épouser Pamphila qui ne demande pas mieux, Stichus n'a droit à rien, Pamphila ayant droit à la moitié, parce que son refus fait défaillir la condition pour lui-même et la fait réputer accomplie à l'égard de Pamphila. Telle est la décision du jurisconsulte Africanus (3).

Cette distinction entre les faits qui viennent du côté de la personne en qui la condition doit être accomplie, et ceux qui viennent du côté de la personne chargée d'exécuter la condition, cette distinction, disons-nous, se justifie par une considération fondée sur l'appréciation de la volonté même du testateur. En apposant la condition, il a dû en effet se préoccuper des faits et des accidents personnels à celui qu'il en chargeait, au point de vue même de l'incertitude et de l'éventualité inhé-

(1) L. 54, § 2, *ff. De leg.*, 1°. — Voy. encore Ricard, *Donat.*, n° 412.
(2) L. 31 et 101, *ff. De cond. et dem.*
(3) L. 31, *ff. De cond. et dem.*

rentes à toute condition. On ne peut dès lors supposer qu'il ait entendu tenir la condition pour accomplie, dans les cas où son inexécution n'a point d'autre cause. Cette défaillance rentre trop naturellement dans les prévisions ordinaires, pour qu'on puisse, de l'obstacle même qui a empêché d'exécuter la condition, déduire la dispense de l'accomplir.

Quant aux faits de force majeure, aux accidents fortuits, aux faits volontaires et spontanés qui viennent du côté de la personne en qui la condition devait être accomplie; quant aux obstacles extérieurs qui réagissent sur la personne qui était chargée de l'exécuter, comme ces empêchements, par leur nature même, rentrent moins dans les prévisions du testateur, il est raisonnable de supposer que, s'il les a pris en considération, il ne l'a fait vraisemblablement que dans l'intention de se contenter de la bonne volonté, sans faute ni négligence de la part de celui qui devait accomplir la condition. C'est qu'il est alors présumé avoir sous-entendu le cas de possibilité, *si potest* (1).

Mais ce point dépend encore des circonstances. Car, avant tout et après tout, il faut consulter l'intention du testateur. *In conditionibus primum locum obtinet voluntas defuncti eaque regit conditiones* (2). Aussi, doit-on exiger l'accomplissement strict et rigoureux de la condition toutes les fois qu'il apparaît, soit d'après les circonstances, soit d'après les termes de l'acte, que l'exécution de la condition était la cause finale et déterminante du legs, de telle sorte que le legs n'eût pas été fait autrement, *si aliàs (testator) legaturus non fuisset* (3). La loi 4, C. *De cond. instit.*, en contient un exemple pour un cas de mariage dont la célébration seule peut satisfaire à la condition.

17. Si celui qui était chargé d'accomplir la condition avait commis quelque faute, quelque négligence, il ne pourrait prétendre que la condition est censée accomplie, alors même

(1) Voy. TROPLONG, *Donat.*, n°s 328-338.
(2) L. 19, *ff. De cond. et dem.*
(3) TOULLIER, T. 6, n° 614.

qu'en définitive elle n'eût manqué que par un évènement de force majeure.

Le simple retard, *mora*, peut même constituer la faute (1); et comme les conditions potestatives doivent s'accomplir aussitôt qu'on le peut, *cum primum potuerit* (2), quand même aucun terme n'a été fixé dont il faille attendre l'expiration pour agir utilement, celui qui est chargé de la condition doit, sous peine d'être constitué en faute, se mettre le plus promptement possible en mesure d'y satisfaire (3).

18. Nous devons compléter ce que nous venons de dire de la condition, par quelques explications sur la manière dont le mode doit être accompli.

Nous avons montré sous l'article 1168 (4), les différences essentielles qui le distinguent de la condition proprement dite. Qu'il nous suffise de rappeler que pour l'exécution de la condition le créancier n'a point action, tandis qu'il a action pour l'exécution du mode. C'est là le principe duquel nous allons déduire les autres différences qui les distinguent, quant à la manière dont ils doivent être exécutés.

De ce que le mode constitue une véritable obligation accessoire, il suit que l'on doit lui appliquer les règles du droit commun relatives aux obligations divisibles et indivisibles. Ainsi, le mode contenant une obligation susceptible de division, doit être exécuté entre le créancier et le débiteur comme si l'obligation était indivisible. Mais la divisibilité reçoit son application à l'égard des héritiers (1220). Sous ce premier rapport, il y a une grande différence entre lui et la condition.

En voici une autre : à moins de clause contraire, l'inexécution du mode n'opère pas de plein droit, suivant l'article 1184. La défaillance de la condition opère, au contraire, de plein droit.

(1) L. 112, § 1, *ff. De cond. et dem.*
(2) L. 29, *ibid.*
(3) Toullier, t. 6, n° 613.
(4) N°s 3 et suiv.

On n'est point relevé de l'inexécution de la condition, sauf le cas de l'article 1178, alors même que l'empêchement résulte d'une force majeure, sous la réserve toutefois de ce que nous venons de dire. Une fois défaillie, la condition ne revit plus. Cette rigueur, sauf clause contraire, n'est pas applicable à l'exécution du mode. Un délai peut être accordé suivant les circonstances pour le payement (1184).

Il y a mieux : l'inexécution même complète du mode peut ne pas entraîner la révocation du contrat ou de la disposition. C'est là le point que nous nous proposons surtout d'expliquer.

Comme le mode doit essentiellement constituer une charge accessoire, on comprend que si l'exécution de la prétendue charge dépend exclusivement de la seule volonté d'un tiers étranger, ou de l'aveugle fatalité du hasard, sans qu'elle soit au pouvoir de celui à qui elle est imposée, elle n'est pas un mode proprement dit, mais une véritable condition suspensive ou résolutoire. La nature essentielle du mode implique en effet nécessairement l'idée d'une participation quelconque dans son accomplissement, de la volonté et de la puissance personnelle de celui qui en est grevé.

Ce n'est pas cependant que l'exécution du mode doive toujours être tout entière remise en son pouvoir, comme de payer telle somme d'argent, d'accomplir tel acte, de faire telle prestation. Cette exécution peut dépendre tout à la fois de sa volonté et de sa puissance individuelle, et de la puissance et de la volonté d'un tiers, sans que pour cela la charge cesse de constituer un mode, dans l'acception légale du mot. Ainsi, je vous donne tant, à la charge par vous de porter mon nom, d'épouser telle personne, etc... Il ne dépend pas de vous seul d'accomplir cette charge, puisqu'il vous faut, soit l'autorisation du gouvernement pour le port de mon nom (1), soit le consentement du tiers que vous devez épouser pour la consommation du mariage. Mais il n'en est pas moins vrai que vous pouvez y participer d'une manière quelconque, au moyen

(1) Loi du 11 germinal an XI.

de démarches actives. On demande donc si l'inaccomplissement d'une semblable charge doit invariablement, dans tous les cas, entraîner la révocation de l'acte.

Il est entendu (et c'est une première distinction que nous posons), que s'il s'agissait d'un mode dont l'exécution ne dépendît que du débiteur seul, son inaccomplissement vaudrait toujours, dans le silence de l'acte, comme condition résolutoire tacite. Cette charge constitue en effet une obligation accessoire, strictement exigible et payable, comme toute obligation principale elle-même; et celui-là peut poursuivre la résolution, la révocation de l'acte, qui y a un légitime intérêt.

Mais, dans notre hypothèse, l'exécution du mode ne dépend pas seulement de celui à qui il est imposé. Cette différence quant aux agents de sa réalisation, doit en entraîner une autre quant aux conséquences de son inaccomplissement.

C'est énoncer une vérité sensible que de dire que l'acte devra être maintenu, malgré l'inexécution du mode, s'il est démontré que le stipulant l'a entendu ainsi, à raison des circonstances qui en ont empêché l'exécution ; et, au contraire, que l'acte devra être révoqué pour inexécution du mode, s'il est établi que le stipulant a voulu qu'il en fût ainsi, quelles que fussent les causes de son inaccomplissement. Nous disons que ce principe est d'une vérité sensible, car il a pour fondement et pour but la consécration de la volonté des parties.

Cette interprétation n'est point arbitraire; c'est une faculté dont l'exercice est justifié par la nature même du mode. Comme charge accessoire, il participe en effet de la condition et de la cause. Son caractère, pour ainsi dire pratique, a toujours été si mal défini, que le législateur romain l'appelle indifféremment mode, condition, cause, et que le législateur français ne l'a pas même nommé du tout. Le silence du Code à cet égard est la meilleure preuve du droit d'interprétation abandonné aux tribunaux. C'est donc à eux qu'il appartient, en définitive, de fixer le sens et la portée de ces clauses, dont l'ambiguité échappe à la précision d'une règle inflexible et absolue.

Puisqu'une clause modale peut renfermer une condition ou une cause, il faut bien en déterminer le caractère par voie d'interprétation. Est-ce une condition proprement dite? Est-ce une cause? Mais, comme la cause elle-même est tantôt finale et tantôt simplement impulsive, qu'elle est tantôt la raison déterminante et tantôt le simple motif de l'acte, il importe d'expliquer le doute et de dissiper l'obscurité. Il y a en effet une grande différence, quant à l'efficacité des actes, entre les conséquences de l'inexécution de la condition, et les conséquences de l'inexécution de la cause. La condition inaccomplie opère toujours et de plein droit, du moins suivant l'intention de celui qui l'a stipulée. La cause défaillante n'opère pas constamment de même. Est-elle finale? Elle est un principe de résolution. Est-elle simplement impulsive? Elle ne fonde point d'action en résolution. Aussi, Ulpien (1) dit-il que dans les donations il importe de distinguer si la clause modale est cause ou condition. Si elle est cause, sa défaillance n'entraîne pas le droit de répétition; si, au contraire, elle est condition, ce droit de répétition existe; *si causa fuit, cessare repetionem; si conditio, repetitioni locum fore.* Ce que dit Ulpien des donations, il faut l'appliquer à tous les contrats qui peuvent, en dehors du mode, se soutenir par une autre cause, comme la donation se soutient par sa cause ordinaire, l'esprit de libéralité.

Il suit de là que si, pour l'exécution d'une condition, il est interdit aux tribunaux de pénétrer les motifs du testateur ou des contractants; s'ils doivent assurer à leur volonté, sans en rechercher les causes, une obéissance passive et aveugle, il n'en est pas de même quand il s'agit d'un mode. Comme il est une charge dont le testateur ou les contractants ont entendu poursuivre l'exécution, autant qu'il pouvait être dans leur intérêt et dans la nature des choses, ils doivent apprécier la charge quant à son emploi, son but, sa destination. L'appré-

(1) L. 3, *ff. De donat.*

ciation de son inexécution et de son accomplissement gît donc en connaissance de cause (1).

D'autre part, le caractère spécial du mode dont il s'agit autorise plus particulièrement ce pouvoir d'interprétation. Le testateur ou les contractants ont dû prévoir que, ne dépendant pas uniquement de celui qui en est grevé, son exécution pouvait être empêchée par un pur accident, par une force majeure. N'est-on pas dès lors en droit de se demander s'ils ont voulu que l'acte cessât de valoir, par suite de l'inexécution du mode, alors même que cette inexécution ne vînt d'aucune faute, d'aucun fait personnellement imputable au débiteur?

Mais la théorie pose les règles, et la pratique introduit les exceptions. Aussi, n'est-il pas toujours facile de faire une application saine et juste de notre distinction. Voyez les difficultés : d'abord cette question : est-ce un mode, ou bien une condition? Puis, est-ce un mode dont l'inexécution révoque l'acte; et encore de quelle manière, de plein droit ou par action résolutoire? Est-ce, au contraire, un mode dont l'inexécution ne révoque point? Questions d'interprétation, questions de fait.

19. Comment donc reconnaître ces diverses clauses modales, si différentes quant aux effets de leur inexécution? Si le stipulant avait ajouté ces mots, et non autrement, ou d'autres expressions équivalentes, nul doute que l'inaccomplissement du mode n'entraînât la révocation. Car ces mots contiennent une sévérité irritante.

A leur défaut, le juge en sera réduit à apprécier le but, la destination, l'intérêt du mode. Il examinera si le stipulant en a fait une cause affectant la substance même du contrat ou de la disposition; s'il l'a considéré comme le motif principal et déterminant, comme la raison *sine quâ non*. Dans ce cas, son inexécution, même par pur accident et force majeure, entraîne la révocation de l'acte. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si l'exigibilité et l'exécution de la charge ont été dans l'intention

(1) Ricard, *Disp. cond.*, n[os] 86, suiv., et 91. — Voy. encore Troplong, *Donat.*, n° 357.

des parties subordonnées à leur possibilité, l'acte vaudra nonobstant l'inaccomplissement de la clause modale, pourvu que de la part du débiteur il n'y ait eu aucun fait de faute et de négligence personnelle. Car, si la clause est réputée non écrite, ce n'est que dans le cas d'une impossibilité d'exécution, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, malgré les efforts et la bonne volonté du débiteur.

Reprenons maintenant nos exemples : je vous vends ou lègue ma maison, à la charge par vous d'épouser Titia ; le mariage manque par suite de circonstances qui ne vous sont point imputables. Si, dans l'intention des parties ou du testateur, la vente ou le legs devait néanmoins produire ses effets, malgré l'inexécution du mode, il importera peu, pour l'efficacité de l'acte, que le mariage ait eu lieu ou non. *Si per te non stat quominùs voluntati testatoris pareas, sed per eum cui nubere jussa, et quominùs id quod tibi relictum est obtineas, non oberit* (1).

Je vous donne tant, à la charge par vous d'en acheter tel objet, lequel vient à périr avant que vous ne l'ayez acquis. J'aurai ou n'aurai pas l'action en répétition de ce que je vous ai donné, suivant que je serai présumé ne pas avoir dû donner autrement, *aliter non daturus*, ou avoir dû donner, nonobstant l'inexécution du mode, *aliàs quoque daturus*. Et le jurisconsulte Julien commence par faire observer que c'est une question plutôt de fait que de droit, *facti màgis quàm juris quæstio* (2).

Le dernier des Baluze institue pour son héritier le fils naturel de sa servante, à la charge par lui de prendre son nom, ajoutant qu'il n'était pas sans avoir jeté quelque éclat dans les lettres et dans les sciences. L'héritier demande au gouvernement l'autorisation de prendre le nom du testateur. Il meurt avant de l'avoir obtenue. Les héritiers naturels poursuivent alors l'annulation du testament, en la fondant sur ce que l'obligation imposée à l'héritier institué de prendre le nom de Baluze, était la condition *sine quâ non* de son institution. Repoussées en

(1) Loi 1, C. *De his quæ sub modo leg.*
(2) L. 2, § 7, *ff. De donat.*

première instance par le tribunal de Tulle, leurs prétentions le furent définitivement, par arrêt inédit de la cour de Limoges du 23 avril 1844. Les juges décidèrent que le mode n'était demeuré inexécuté que par suite d'une force majeure, et qu'il n'était point conçu en termes si rigoureux qu'il fût impossible de supposer que le testateur n'avait pas eu la pensée de subordonner à son accomplissement le sort de son institution. En droit, cette décision n'est pas susceptible de critique (1).

20. Nous avons vu sous l'article 1168 (2), que le mode, suivant les expressions de Cujas, *est causa quæ et sequi præstationem potest;* son accomplissement peut suivre le payement de l'obligation contractée d'autre part. Mais il peut aussi ne pas le suivre et devoir le précéder. Par exemple, je vous lègue ou donne mille francs, à la charge par vous de vous marier avec telle personne, de porter mon nom; ces mille francs, seulement payables après l'exécution de cette charge. Cette stipulation d'un terme pour le payement de la somme donnée ou léguée, ne laisse pas d'avoir une grande valeur comme élément d'interprétation. Elle indique que le testateur ou donateur a subordonné le payement du legs ou de la donation à l'accomplissement du mode, puisqu'il en fait le terme d'exigibilité. Du moins, si elle n'exclut pas la preuve d'une intention contraire, elle ne pourra être combattue que par des preuves plus fortes et plus décisives que celles dont on pourrait autrement se contenter, dans les cas ordinaires où elle n'existerait point.

21. La nature particulière de l'acte aura nécessairement une grande influence sur l'interprétation qu'il conviendra de donner à la clause modale. Les testaments, les donations, les contrats de bienfaisance pure admettent naturellement une interprétation moins rigoureuse. Comme ils se fondent avant tout

(1) Voy. encore Cass., 4 juill. 1836. Sirey, 36, 1, 642.—3 mai 1852. Sirey, 52, 1, 495.

(2) N° 4.

sur l'esprit de libéralité qui y préside; comme c'est là leur cause première et principale, on mettra moins de rigueur à en rechercher une autre accessoire dans la clause modale. On sera plus porté à présumer, en l'absence d'un intérêt évident ou d'une intention expresse, que, dans l'intention du donateur ou du testateur, l'exécution du mode était subordonnée à sa possibilité. Dès lors, on inclinera à décider que son inaccomplissement, sans faute imputable à celui qui en est grevé, n'empêche pas l'acte de valoir et de produire tous ses effets, comme si le mode avait reçu son exécution complète.

Quant aux contrats à titre onéreux, comme ils ont leur cause finale dans tout ce que le promettant doit donner ou faire, et que le mode peut constituer une cause accessoire non moins déterminante, les juges ne doivent pas se montrer aussi faciles dans leur interprétation. Ils devront plutôt penser que le stipulant n'a contracté qu'en vue de l'exécution du mode, et qu'autrement il n'eût pas contracté. Cette présomption ne devra du moins céder qu'à des preuves graves du contraire.

22. Dans le doute, dans cet état d'incertitude qui résulte de présomptions contraires également puissantes, soit qu'il s'agisse de contrats à titre onéreux ou de donations et de testaments, on devra se déterminer de préférence pour le maintien du contrat ou de la disposition, malgré l'inaccomplissement du mode. Et voici pourquoi : celui qui se prévaut de cette inexécution est forcément demandeur en répétition s'il a payé, ou tout au moins en révocation de l'acte. Il doit donc établir qne son action est fondée, en prouvant que le mode était la cause finale, la raison déterminante de la disposition ou du contrat. Dans le doute, comme le doute est exclusif d'une preuve parfaite, il doit être débouté de sa demande comme non justifiée.

23. S'il est certains cas où l'inexécution du mode n'empêche pas l'acte de produire tous ses effets, il en est d'autres où son exécution peut, à plus forte raison, se faire par équipollence.

Car mieux vaut encore accomplir dans son but principal la volonté du stipulant, que de ne lui donner aucune satisfaction, à raison de l'impossibilité de l'exécuter *in formâ specificâ*, dans sa forme spécifique. On doit alors, la clause modale n'ayant rien d'exclusif, seulement exiger que cette exécution par équipollence ne soit point contraire à son intention, et rentre dans la pensée qui la lui a inspirée. Si, par exemple, un legs a été fait à une ville, à la charge par elle de construire un théâtre, et que le gouvernement refuse son autorisation, l'héritier pourra demander que la cité délibère sur la destination différente qu'il convient de donner à la somme léguée, afin d'honorer la mémoire du testateur et de satisfaire, au moins par équivalent, à sa volonté (1).

ARTICLE 1179.

La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier.

Sommaire.

1. Transition.
2. Critique de la rédaction de l'article 1179.
3. Il ne s'applique qu'aux contrats. Il est la conséquence de l'art. 1122.
4. Conséquences du rapprochement de cet article.
5. C'est à celui qui prétend que la condition est accomplie à le prouver.
6. En général toutes parties peuvent se prévaloir de l'accomplissement ou de la défaillance, soit des conditions suspensives,
7. Soit des conditions résolutoires, sauf exceptions.
8. Dans les dispositions testamentaires, l'héritier peut renoncer à se prévaloir de l'inexécution des conditions suspensives, ou de l'accomplissement des conditions résolutoires. Comment ?
9. La condition accomplie à un effet rétroactif.
10. *Quid* des conditions potestatives ?

(1) Voy. l. 16, *ff. De usu et usufr.* — RICARD, *Disp. cond.*, n° 95. — TROPLONG, *Donat.*, n° 356.

11. Le principe de la rétroactivité est-il applicable aux dispositions testamentaires?
12. Le légataire et l'héritier doivent-ils être capables de recueillir à l'ouverture de la succession, ou seulement à l'échéance de la condition?
13. Suite. Ils doivent l'être à l'ouverture de la succession.
14. L'article 1179, en ce qui touche la rétroactivité, s'applique aux testaments.
15. Renvoi.

COMMENTAIRE.

1. Nous avons vu, sous les articles précédents, comment les conditions devaient être exécutées, et quand elles étaient censées accomplies ou défaillies. Nous avons examiné ces questions d'exécution et de défaillance sous le rapport des éléments, pour ainsi dire, matériels de leur accomplissement. Il nous reste à parler de la transmissibilité des droits résultant des obligations conditionnelles.

Cette question se lie intimement à celle de leur exécution; car on se demande tout de suite, quand le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, si cette condition peut être encore utilement exécutée. Or l'article 1179 dispose que, si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à ses héritiers. Cette transmission de droits n'est elle-même que la conséquence de la possibilité de son accomplissement.

2. Mais cette disposition est conçue en termes qui disent trop ou trop peu. Nous allons le faire comprendre.

Elle semble en effet s'appliquer indistinctement à tous les actes conditionnels, contrats et dispositions testamentaires. Cependant une première distinction est à faire entre les contrats et les testaments. Toute disposition testamentaire est personnelle à l'institué, elle ne peut s'appliquer qu'à sa personne. Or, s'il est mort avant l'accomplissement de la condition, il n'en profite point, il ne peut même en profiter. Et ses héritiers qui n'en ont pas été l'objet, ne peuvent non plus en recueillir le bénéfice.

Aussi, l'article 1040 porte-t-il : « toute disposition testamentaire, faite sous une condition dépendante d'un évènement in-

certain, et telle que, dans l'intention du testateur, cette disposition ne doive être exécutée qu'autant que l'évènement arrivera ou n'arrivera pas sera caduque, si l'héritier institué ou le légataire décède avant l'accomplissement de la condition. » L'héritier et le légataire ne peuvent donc transmettre la faculté d'accomplir la condition qui leur est imposée, puisqu'elle doit essentiellement recevoir une exécution parfaite de leur vivant (1). Il n'y a pas de milieu: leur décès a pour conséquence, ou de faire défaillir la condition inexécutée, si, dans l'intention du testateur, la disposition était subordonnée à son exécution, ou de la faire réputer accomplie à raison de l'impossibilité de son accomplissement, sans la faute du grevé, suivant les distinctions que nous avons établies plus haut, c'est-à-dire si, dans l'intention du testateur, son inexécution ne doit pas entraîner la caducité de la disposition.

3. Mais il en est autrement dans les contrats. Le droit passe aux héritiers du créancier; et le Code Napoléon n'a fait ici que consacrer les principes du droit romain, qui déclarait transmissible aux héritiers, la simple espérance qui naît d'une stipulation conditionnelle (2).

Cette disposition de l'article 1179 n'est, après tout, que la conséquence des dispositions générales de l'article 1122, suivant lesquelles on est censé avoir stipulé pour soi, ses héritiers et ayants-cause. Pour être conditionnel, un contrat ne prend pas en effet nécessairement le caractère d'un contrat propre, dans le sens de personnalité que nous avons donné à cette expression, dans notre commentaire de l'article 1122. Il reste tout aussi commun que si aucune condition n'avait été apposée. Voilà pourquoi on n'en est pas moins censé avoir stipulé pour soi, ses héritiers et ayants-cause, quand on fait un contrat conditionnel.

Il suit de là qu'en parlant des héritiers, l'article 1179 dit trop

(1) L. 51, § 1, et l. 56, *ff. De cond. et dem.* — FURGOLE, *Testam.*, ch. 7, sect. 5, n° 35. — POTHIER, *Oblig.*, n°s 208-215.

(2) Instit., *De verb. oblig.*, § 4.

peu. Il faut y ajouter les ayants-cause, c'est-à-dire ceux auxquels des droits sont transmis, à titre singulier et déterminé, sur la chose qui fait l'objet de la transmission.

4. Ce rapprochement de l'article 1179 avec l'article 1122 nous conduit à une autre conséquence. Si, en principe, on est censé avoir stipulé pour soi, pour ses héritiers et ayants-cause, il y a exception quand le contraire est exprimé ou résulte de la nature de la convention. Il faudra donc examiner d'abord si le contrat n'est pas un contrat propre et personnel, soit d'après ses expressions, soit d'après sa nature; puis, si la nature même du fait apposé comme condition ne lui donne pas un caractère de propriété qu'il n'aurait pas autrement.

La condition peut en effet être telle qu'elle ne puisse utilement s'accomplir que par le fait personnel, et en conséquence du vivant de celui qui en est chargé, de sorte que sa mort doive la faire irrémissiblement défaillir. Ainsi, outre les expressions de l'acte et la nature propre de la convention, la condition ne laisse pas d'exercer elle-même son influence particulière sur la propriété du contrat et la transmission des droits qui en résultent.

5. Soit qu'il s'agisse de condition suspensive ou de condition résolutoire, c'est à celui qui prétend qu'elle est accomplie à le prouver. Il est demandeur, et à ce titre il est chargé de la preuve (1).

6. Toutes parties peuvent également se prévaloir de l'accomplissement des conditions suspensives; mais le peuvent-elles aussi de leur inexécution? Il faut distinguer: si la condition est apposée aux obligations réciproques qui naissent du contrat, comme alors ces obligations sont de part et d'autre conditionnelles, soumises à la même condition, toutes parties peuvent, au même titre, se prévaloir de son accomplissement. Je vous vends et vous achetez ma maison, si tel évènement

(1) FURGOLE, *Testam.*, ch. 7, sect. 5, n°s 145 et suiv. — TOULLIER, t. 6, n° 649.

arrive; je ne vends et vous n'achetez que sous la même condition; mes obligations comme vendeur et vos obligations comme acheteur sont également conditionnelles. Nous pourrons donc réciproquement nous opposer, pour le maintien ou pour la révocation de l'acte, que l'évènement est arrivé ou n'est pas arrivé.

Mais si la convention a été faite de telle manière que les obligations qui en naissent soient d'un côté pures et simples, et de l'autre conditionnelles, celui-là seul pourra se prévaloir de l'inaccomplissement de la condition, qui se sera obligé conditionnellement. Ainsi, je vous vends ma maison, si j'achète celle de mon voisin; vous, au contraire, vous déclarez l'acheter purement et simplement. Comme mes obligations de vendeur sont seules conditionnelles, et que les vôtres sont pures et simples, je suis seul en droit de vous opposer que la condition n'est pas accomplie, que je n'ai point acheté la maison de mon voisin. Et puisque je suis seul fondé à me prévaloir de l'inaccomplissement de la condition, je puis très bien y renoncer et poursuivre contre vous l'exécution du contrat, sans que vous puissiez vous en dispenser, sous prétexte que la condition n'est pas accomplie. Tout entière et exclusivement en ma faveur, la condition ne vous regarde pas; elle n'intéresse que moi; je puis donc renoncer au droit que son inaccomplissement me réservait.

Telle est encore cette convention : je m'oblige, si d'ici à trois mois je n'achète pas la maison de Paul, si je touche un remboursement, à vous prêter mille francs que vous promettez d'emprunter. La condition est évidemment stipulée dans mon intérêt exclusif; cette stipulation est de ma part un acte prudent de prévoyance, tandis qu'elle est sans aucun intérêt pour vous. Je pourrai donc vous contraindre à exécuter votre promesse, sans que vous puissiez m'opposer l'inaccomplissement d'une condition qui ne regarde que moi, alors même que j'aurai acheté la maison de Paul, que je n'aurai touché aucun remboursement.

On voit combien il importe de distinguer les cas où la stipu-

lation de la condition a eu lieu dans l'intérêt commun de toutes parties, et ceux où elle n'a été faite que dans l'intérêt exclusif d'un seul des contractants. Cette distinction sera sans doute facile lorsqu'on aura pris soin de déclarer dans l'acte que les obligations ne sont pas conditionnelles de part et d'autre, que le contrat n'est pas tout entier dominé par la condition, que les obligations d'une seule partie lui sont subordonnées, tandis que celles de l'autre sont pures et simples. Mais cette précision ne se trouve malheureusement pas toujours dans la rédaction des actes. On est alors obligé de recourir à l'interprétation, et d'apprécier l'intention commune des parties, d'après leurs rapports, les circonstances et le but de la convention (1).

7. Quant aux conditions résolutoires, toutes parties peuvent également se prévaloir de leur inaccomplissement; mais il n'en est pas de même de leur réalisation. On doit faire ici la même distinction que celle que nous venons de poser pour les conditions suspensives. Il faut distinguer entre les conditions résolutoires dominant le contrat tout entier, stipulées dans l'intérêt commun et à la charge commune de toutes parties, et celles qui ne l'ont été que dans l'intérêt exclusivement personnel d'un seul des contractants.

Dans le premier cas, toutes parties peuvent opposer leur accomplissement; dans le second cas, celle-là seule en a le droit en faveur de qui la condition a été stipulée; d'où il suit qu'elle peut toujours renoncer à s'en prevaloir. Ainsi, je vous vends et vous achetez ma maison, sous la condition résolutoire, si je me marie d'ici à trois ans. Si par une clause expresse je me suis réservé pour moi seul cette faculté de résolution, pas de difficulté. Mais, à défaut d'une stipulation expresse, les juges auront à fixer le sens du contrat, suivant les règles générales de l'interprétation.

8. En ce qui concerne les conditions suspensives ou réso-

(1) Voy. Toullier, t. 6, n° 571.

lutoires apposées dans les dispositions testamentaires, il est évident que l'héritier, représentant le testateur, est le seul qui puisse opposer l'inaccomplissement des unes et l'accomplissement des autres. Elles sont en effet toutes exclusivement en sa faveur. Mais nous n'en tirons que cette conséquence, c'est qu'il peut renoncer à s'en prévaloir.

Nous ne partageons donc pas cette opinion de Pothier : un héritage est légué à Pierre, s'il donne dix à l'héritier du testateur. Pierre meurt après n'avoir donné que cinq; le legs est caduc (1), et son héritier n'a que l'action en répétition de l'indû, *condictio sine causâ*. Mais Pothier (2) ajoute : « Si mieux n'aime l'héritier du testateur acquitter le legs pour partie. Car c'est en faveur de cet héritier du testateur, débiteur du legs, que la condition est regardée comme indivisible. » Et il cite Dumoulin (3). Que la condition soit en effet indivisible dans son exécution en faveur de cet héritier, d'accord. Qu'en doit-on conclure? Qu'à défaut d'une exécution indivisible et complète, le legs est caduc. Mais s'il renonce à opposer la caducité du legs, s'ensuit-il qu'il puisse le payer partiellement et en proportion de l'exécution de la condition? Nullement. Le legs est en effet une obligation qui le grève, puisqu'il renonce à en opposer la caducité. Il doit donc exécuter cette obligation vis-à-vis de l'héritier du légataire, comme il en était tenu vis-à-vis du légataire lui-même, c'est-à-dire d'une manière indivisible, sauf exécution complète de la condition, si elle est encore possible de la part de l'héritier du légataire. Il a donc à opter entre ce payement intégral et la caducité du legs tout entier.

29. Passons aux effets de l'accomplissement des conditions. La condition accomplie, dit l'article 1179, a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. Ce principe, emprunté à la loi romaine (4), est d'autant mieux fondé aujour-

(1) L. 56, *ff. De cond. et dem.*
(2) *Oblig.*, n° 215.
(3) *De divid. et indiv.*, p. 3, n° 157.
(4) L. 78, *ff. De verb. oblig.* — L. 144, § 1, *ff. De reg. jur.*

d'hui, que les contrats sont parfaits par le seul consentement des parties contractantes (1138), et que cette perfection immédiate et instantanée est une raison de plus pour considérer le temps où ils ont eu lieu.

10. Mais ce principe n'est applicable qu'aux conditions ordinaires. Il ne l'est point aux conditions purement potestatives, suivant lesquelles l'obligation elle-même, le lien de droit, dépend de la volonté de celui qui fait semblant de s'obliger. Nous nous sommes déjà expliqué sur ce point (1).

Cependant nous avons vu (2) que la condition résolutoire, *si displicuerit*, si ça me déplaît, est tout à fait différente de la condition suspensive, *si placuerit*, si ça me plaît, en ce que la résolution de l'obligation dépend de celle-là, tandis que l'existence même de l'obligation dépend de celle-ci. Cette condition résolutoire accomplie a donc, comme toute autre condition non potestative, un effet rétroactif. Il suffit qu'on en reconnaisse la validité, pour qu'on soit forcé d'en accepter toutes les conséquences. Il importe peu que le contrat soit résoluble à la volonté de l'une ou de l'autre des parties, et que cette volonté se soit faite condition résolutoire elle-même; les tiers au préjudice desquels la résolution doit s'accomplir rétroactivement, n'auront qu'à s'imputer d'avoir imprudemment traité avec une personne qui n'avait que des droits résolubles, et ne pouvait leur en transmettre d'une autre nature (3).

Quant aux conditions ordinaires potestatives, telles que celle-ci: si je vais à Paris, comme elles ne font pas dépendre l'obligation de la volonté même de celui qui s'oblige (4), leur accomplissement a un effet rétroactif, même à l'égard des tiers qui tiennent leurs droits du débiteur obligé sous cette condition, et qui y satisfait par son propre fait. Ainsi, je vous vends ma maison, si je vais à Paris. La condition accomplie

(1) 1174, n° 12.
(2) 1174, n° 17.
(3) *Contrà*, TOULLIER, T. 6, n° 546.
(4) Voy. 1174, n° 6.

aura un effet rétroactif, même envers les tiers à qui je l'aurais vendue ou hypothéquée, *pendente conditione*, pendant que la condition était en suspens. Car, si ces tiers prétendent d'un côté que je ne puis par mon fait les dépouiller des droits que je leur ai transférés, vous, acquéreur conditionnel en vertu d'un contrat antérieur, vous pouvez aussi soutenir de votre côté, avec toute l'autorité attachée à l'antériorité du titre, que je n'ai pu, par le fait d'une vente ou d'une hypothèque consentie ultérieurement, empêcher, à votre préjudice, l'exécution pleine et entière de notre contrat, une fois purifié par l'accomplissement de la condition. C'était aux tiers traitant avec moi de s'assurer de l'étendue et de la solidité de mes droits. Ils n'ont donc qu'à s'en prendre à leur propre imprudence (1).

Un grand nombre de savants auteurs pensent cependant que la condition potestative, si je vais à Paris, ou toute autre de cette nature, n'a pas d'effet rétroactif, parce que l'accomplissement en étant à la discrétion du promettant, son obligation est subordonnée à sa volonté; d'où ils concluent que l'obligation ne date, sans aucune rétroactivité, que du jour de la condition accomplie, comme s'il s'agissait d'une condition purement potestative, si je veux, si ça me plaît; d'où ils concluent enfin, par exemple, que l'hypothèque consentie pour sûreté d'une créance soumise à une semblable condition, ne date que du moment où la condition vient à s'accomplir. Cette opinion (2) nous paraît constituer une véritable confusion, par suite de l'exagération d'un principe vrai en lui-même, mais mal appliqué.

Cette condition, si je vais à Paris, n'équivaut pas à celle-ci, si je veux. Dans le premier cas, l'obligation n'est pas subordonnée à ma seule volonté, puisque si je vais à Paris, elle

(1) Delvincourt, t. 2, pag. 690.

(2) Toullier, t. 6, n° 546. — Basnage. *Hyp.*, ch. 11. — Zachariæ, t. 2, pag. 301. — Troplong, *Hyp.*, n° 474, qui cite Cujas, sur la loi 9, § 1, *ff. Qui potior.*, et Voet, liv. 20, tit. 4, n° 30.

existe. Je ne suis donc pas maître absolu du contrat, bien que je le sois, jusqu'à un certain point, de l'exécution de la condition. Or, l'article 1174 n'a en vue que ces conditions si pleinement potestatives, que l'obligation elle-même dépend de la volonté seule de celui qui semble s'obliger. Aussi, cet article dit-il que l'obligation est nulle, pour dire qu'elle n'existe pas du tout. Alors, au contraire, que je me suis obligé sous cette condition, si je vais à Paris, mon obligation est valable, elle existe. Et sa validité n'est que la conséquence de la validité de la condition convenue. Si donc cette condition est valablement stipulée, elle doit tout naturellement recevoir l'application des dispositions de l'article 1179. Elle a, en un mot, des effets rétroactifs.

Il ne faut pas non plus assimiler cette convention : je vous consens hypothèque pour sûreté d'une dette contractée sous cette condition, si je vais à Paris, à cette autre convention : je vous consens hypothèque pour sûreté de votre créance, si vous me prêtez, si je reçois de l'argent de vous ; dans ce cas, Voët dit avec beacoup de raison que le gage est vide, *pignus inane est,* jusqu'à la numération. C'est qu'en effet l'emprunt étant discrétionnaire et purement potestatif, et le prêt ne se réalisant que par la remise des espèces, l'hypothèque ne peut jamais dater que de sa réalisation (1). Alors, au contraire, qu'il s'agit d'une hypothèque consentie pour sûreté d'une dette existante, subordonnée seulement à l'accomplissement de cette condition, si je vais à Paris, ou de toute autre condition de même nature, comme l'obligation a dès à présent une existence légale, que le lien de droit ne dépend pas de la volonté seule du débiteur, l'hypothèque a, comme la dette elle-même qu'elle garantit, une date qui remonte au jour où elle a été consentie, en cas que la condition vienne à s'accomplir. Ici le débiteur n'est pas parfaitement libre, il n'est pas maître de son obligation, tandis que celui qui hypothèque, dans l'éventualité d'un emprunt à contracter, s'oblige sous cette condi-

(1) Voy. MERLIN, Quest., v° *Hyp.*, § 3. — TROPLONG, *Hyp.*, n° 478.

tion purement potestative, si j'emprunte. Dès lors l'accessoire ne peut avoir une date antérieure à celle du principal lui-même; l'hypothèque ne peut enfin précéder la créance.

Nous concluons donc qu'il n'y a que les seules conditions purement potestatives qui font dépendre le lien de droit de la seule volonté du débiteur, dont l'accomplissement ne produise pas d'effets rétroactifs. Et la raison en est que, jusque-là, il n'existe aucun engagement qui soit de nature à rétroagir.

11. Le principe de la rétroactivité est incontestablement applicable à toute espèce de contrats, sans distinction. Mais l'est-il également aux actes testamentaires? Nous le pensons et allons essayer de le démontrer, en entrant sur ce point dans quelques développements qui nous semblent nécessaires.

Quant aux conditions résolutoires, nul ne conteste l'effet rétroactif de leur accomplissement. La condition accomplie remet les choses dans le même état que si la disposition testamentaire n'avait jamais existé, et donne lieu à l'application pleine et entière, à l'égard des tiers, de la maxime, *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Ainsi, je vous institue héritier ou légataire sous la condition résolutoire, si tel évènement n'arrive pas. La condition résolutoire accomplie aura pour effet de révoquer l'institution ou le legs; et cette révocation produira, à l'égard de l'héritier ou du légataire, et de ses ayants-cause, les mêmes conséquences que s'il s'agissait d'un contrat ordinaire. On est d'accord sur ce point.

La question a été particulièrement examinée au point de vue des conditions suspensives. Sous notre ancien droit comme sous le Code Napoléon, on s'est demandé si les conditions suspensives accomplies avaient, en matière de testaments, ainsi qu'en matière de contrats, un effet rétroactif. Posant en principe que l'échéance de la condition est, à l'égard des dispositions testamentaires conditionnelles, ce que l'ouverture de la succession est à l'égard des dispositions pures et simples, les uns en ont semblé déduire, en thèse générale, que la condi-

tion suspensive accomplie n'avait point d'effet rétroactif (1).

Mais il faut remarquer que nos anciens auteurs n'ont examiné la question de rétroactivité, que sous le rapport de la transmissibilité du droit résultant de la disposition conditionnelle. Une institution, un legs, sont faits sous condition suspensive; l'héritier institué ou le légataire meurt avant l'accomplissement de la condition. Faut-il dire que la condition ultérieurement accomplie a un effet rétroactif, et décider en conséquence que l'héritier ou le légataire, bien que décédé avant l'accomplissement de la condition, a néanmoins transmis ses droits à ses héritiers? Non; et ils disent pourquoi : c'est que si, dans les contrats, il faut considérer rétrospectivement le temps de la stipulation, dans les testaments, au contraire, il faut n'avoir égard qu'à l'échéance, et non au temps du testament ni de la mort du testateur; c'est que les contractants stipulent pour eux, leurs héritiers et ayants-cause, tandis que le testateur n'a en vue que la personne de son héritier ou de son légataire, et non celle de leurs héritiers; c'est qu'enfin le testament tire toute sa force de la volonté de son auteur, et que cette volonté n'est satisfaite que par l'accomplissement de la condition, au profit et conséquemment du vivant de la personne exclusivement prise par lui en considération.

Mais ce n'est là qu'un côté, et même le plus petit côté de la question. Il n'y a d'ailleurs sur ce point aucune discussion théorique possible, puisqu'il est fixé par les dispositions de l'article 1040. Il est donc entendu que, sous le rapport de la transmissibilité des droits résultant des dispositions testamentaires faites sous conditions suspensives, il n'y a pas à appliquer le principe de la rétroactivité des conditions accomplies.

Aussi, les auteurs qui ont écrit sous le Code Napoléon ont-ils pensé que cette question : la condition accomplie a-t-elle ou n'a-t-elle pas un effet rétroactif dans les testaments, n'était

(1) Voy. Ricard, *Disp. cond.*, nos 186-203, 204, 222. — Cujas, sur la loi 78, *ff. De verb. oblig.* — Pothier, *Oblig.*, n° 208, et *Donat. testam.*, pag. 361.

qu'une question assez peu importante en somme, qui avait soulevé une pure dispute de mots sur un véritable malentendu. Ils ont essayé en conséquence de concilier les opinions, en se bornant à dire que le principe de la rétroactivité y recevait une application moins étendue (1). Mais la difficulté reparaît d'elle-même : quelles sont en effet les limites dans lesquelles il convient de la resserrer? Quelles sont les restrictions que subit le principe?

Sauf l'exception expressément posée dans l'article 1040, le légataire et l'héritier ont sur l'objet de la disposition faite en leur faveur, les mêmes droits que s'il s'agissait de l'objet d'un contrat conditionnel. La condition suspensive accomplie dans un temps où ils pouvaient en profiter, c'est-à-dire de leur vivant, a pleinement un effet rétroactif en ce qui concerne les hypothèques consenties, les servitudes imposées, les aliénations intervenues, *pendente conditione,* alors que la condition était en suspens. La chose passe aux mains du légataire ou de l'héritier franche et quitte de toutes charges, comme elle passerait aux mains du stipulant, s'il s'agissait d'un contrat. Ils sont censés avoir été propriétaires immédiatement et sans intervalle, à partir de l'ouverture de la succession, de la chose telle qu'elle était dans les mains du testateur au moment de son décès. La condition reprend ainsi son caractère essentiel, en opérant rétroactivement (2).

12. Il nous reste donc à apprécier le principe de la rétroactivité de la condition accomplie, sous le rapport de la capacité du légataire ou de l'héritier conditionnel. Doivent-ils être capables de recueillir à l'ouverture de la succession, ou bien leur suffit-il de l'être à l'échéance de la condition?

Pour résoudre cette question, il convient de ne pas se placer au point de vue de la législation romaine. Ses principes sont

(1) Voy. Toullier, t. 5, n° 93, note; et t. 6, n° 544. — Duranton, t. 9, n° 311.

(2) Ricard, *Disp. cond.*, n° 183. — Toullier, *ibid.* — Duranton, t. 9, n° 312. — Troplong, *Donat.*, n° 291.

en effet bien différents de ceux de notre ancienne jurisprudence et du Code Napoléon, en ce qui touche l'époque à laquelle la capacité de recevoir par testament doit exister. Suivant le droit romain, il y avait trois époques à considérer, d'abord celle de la confection du testament, pour que l'institution existât, puis celle du décès du testateur, pour qu'elle produisît effet. Mais cette seconde époque ne coïncidait avec le décès du testateur que dans le cas où l'institution était pure et simple; elle se reportait à l'événement de la condition, si l'institution était conditionnelle. Durant le temps intermédiaire qui s'écoulait entre la première et la seconde époque, l'héritier pouvait impunément perdre momentanément la capacité de recevoir par testament; ce qu'on appelait, en droit romain, la faction de testament, faction passive, par opposition à la faction active, qui n'était que le droit de tester.

Il y avait enfin une troisième époque à considérer, c'était l'adition d'hérédité. La faction de testament devait surtout exister à ce moment-là de la part de l'héritier, soit que l'institution fût pure et simple, soit qu'elle fût conditionnelle (1).

Mais ces principes n'étaient applicables qu'aux héritiers externes. Plusieurs exceptions avaient même été introduites pour en tempérer la rigueur. Ainsi, il suffisait que ceux institués pendant qu'ils étaient en captivité chez les ennemis, fussent rétablis en leur état de liberté au moment du décès du testateur (2). Les lois avaient enfin permis d'instituer une personne incapable, pourvu que le testateur eût remis l'effet de l'institution au temps où cette personne serait devenue capable de recevoir. Telle était cette institution : *Lucius Titius cum capere poterit, hæres esto.* Mais cette exception à la règle générale était toute de faveur, *benevolentiæ* (3).

Cette inspection de la capacité de l'héritier institué à l'époque de la confection du testament n'était que l'application de

(1) Instit. *De hæred. qual. et diff.*, § 4. — DUCAURROY, *Instit. exp.*, T. 2, pag. 149.
(2) L. 32, § 1, *ff. De hæred. instit.*
(3) L. 62, *ff. De hæred. instit.*

la règle catonienne, suivant laquelle tout legs inutile dans la supposition du décès du testateur immédiatement après la confection du testament, était sans valeur à quelque époque qu'il vînt plus tard à décéder (1). Et cette règle était elle-même fondée sur cette fiction, que le testateur avait fait son testament dans la pensée et comme sous le coup d'une mort immédiate et subite. Aussi, ne s'appliquait-elle pas aux legs et aux institutions à terme ou conditionnels, dont l'échéance et l'exigibilité ne coïncidaient pas avec l'époque de son décès (2). Il suffisait alors de considérer, pour régler la capacité de l'institué, l'époque de l'accomplissement de la condition qui ouvrait le droit (3) : d'où plusieurs interprètes ont conclu que dans les legs et institutions conditionnels, il fallait ne considérer que le temps de la condition accomplie, et non l'époque de la confection du testament; conclusion qui semble à d'autres docteurs contraire au texte même des Institutes que nous avons cité (4).

Ces principes de la loi romaine n'ont jamais été suivis par notre ancienne jurisprudence (5). Elle a justement considéré comme n'étant fondée sur aucune raison, l'application de la règle catonienne aux dispositions testamentaires. Il est évident en effet que c'est une fiction toute gratuite et en dehors de toute vérité, que de supposer que le testateur, en faisant son testament, se met en présence d'une mort actuelle et instantanée. Agissant dans la prévision de sa mort prochaine ou éloignée, il ne dispose pas pour le temps actuel où il fait son testament; il dispose, au contraire, pour l'avenir, pour le moment de son décès, avec toute l'énergie d'une volonté persévérante, puisqu'elle n'est pas révoquée. Or le legs et l'institution n'ayant leur commencement et leurs effets possibles qu'à

(1) L. 1, *ff. De reg. caton.*

(2) L. 3 et 4, *ff. De reg. caton.*

(3) Voy. Ricard, *Donat.*, 1re part., nos 807 et suiv.

(4) § 4, *De hæred. qual. et diff.*

(5) Furgole, *Testam.*, chap. 6, no 46. — Ricard, *Donat.*, 1re part., no 829. — Merlin, *Rép.*, vo *Légataire*, § 3, no 1.

cette époque, il convient de s'y arrêter et de ne s'arrêter qu'à elle, pour vérifier la capacité du légataire et de l'héritier institué (1).

Mais s'ensuit-il que, sous notre droit, si le legs et l'institution sont conditionnels, il faille considérer la personne appelée seulement au moment de la condition accomplie, et décider en conséquence qu'il suffit qu'elle soit capable de recevoir à ce moment-là, si incapable qu'elle ait été auparavant, soit au temps du testament, soit au temps du décès? Nous nous empressons de reconnaître que telle était l'opinion des anciens auteurs. Suivant eux, le testateur, en faisant un legs ou une institution conditionnelle, ne prenait lui-même en considération que le temps auquel sa volonté pouvait avoir effet, c'est-à-dire le temps de la condition accomplie; et, conformément à ses prévisions, le légataire et l'héritier pouvaient valablement acquérir la capacité de recevoir, qui leur manquait au moment de sa mort, et même jusqu'au moment où l'accomplissement de la condition donnait ouverture à leurs droits. Il se faisait ainsi une substitution d'époque : au temps de la mort, était substitué le temps de la condition accomplie. En un mot, quant à l'ouverture des droits du légataire et de l'institué, l'accomplissement de la condition était assimilé à l'évènement de la mort (2).

13. Sous l'empire du Code Napoléon, cette opinion a été suivie par les auteurs (3). Quelque témérité qu'il y ait de notre part à la combattre, nous y sommes entraînés par ce sentiment plein d'énergie et d'indépendance qui nous fait mettre ce qui nous semble la vérité, au-dessus de ce qui nous paraît n'être qu'une tradition.

Pour écarter d'abord l'autorité de la loi romaine, qu'il nous

(1) RICARD, *ibid.*, n° 830. — DOMAT, P. 2, liv. 1, tit. 1, sect. 2, n° 31.

(2) RICARD, *ibid.* — FURGOLE, *Testam.*, ch. 6, n°s 42 et suiv.

(3) TOULLIER, T. 5, n° 91. — DURANTON, T. 8, n°s 232 et suiv., et T. 9, n° 311. — MERLIN, Rép., v° *Légataire*, § 3, n° 4. — GRENIER, T. 1, n° 142. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 41, n°te 9. — TROPLONG, *Donat.*, n°s 291 et 439.

suffise de faire observer que la prise en considération du temps où la condition est accomplie se combinait, dans ses principes, avec la prise en considération du temps où le testament avait été fait. Or tels n'ont jamais été les principes de notre ancienne jurisprudence; tels ne sont pas ceux du Code Napoléon, suivant lesquels la capacité ou l'incapacité du légataire et de l'héritier ne doivent point être vérifiés rétrospectivement, à l'époque de la confection du testament.

Ainsi, Ulpien (1) suppose un testament fait en faveur d'une personne capable de recevoir, au moment de la confection du testament, et contre laquelle il a été prononcé plus tard l'interdiction du feu et de l'eau. Il décide qu'elle pourra recueillir le legs ou l'institution, si elle a recouvré sa capacité avant le décès du testateur, si l'institution est pure et simple, ou avant l'accomplissement de la condition, si la disposition est conditionnelle. Et une décision semblable se rencontre ailleurs (2), mais portée en termes plus timides par le même jurisconsulte. Il s'agit d'un legs conditionnel fait sous cette condition, s'il est consul. Sa mort avant la condition accomplie rend le legs caduc, *intercidit legatum.* Mais au lieu de mourir, il est déporté; le legs est-il tout de suite frappé de caducité? Il est plus probable, dit Ulpien, qu'il ne l'est pas, parce que le légataire peut être réintégré dans ses droits de citoyen : d'où la conséquence qu'il lui suffit d'être capable de recueillir, au moment où la condition est accomplie. Mais nous ferons observer que cette décision se lie au système du droit romain, qui considérait en outre la capacité du légataire, au moment de la confection du testament, et que d'ailleurs, suivant les notes de Godefroy, sur cette loi, et de Cujas, sur la loi 121, § 2, *ff. De verb. oblig.*, elle avait pour but de restreindre l'application des lois caducaires. Elle ne saurait donc être d'aucun poids sous le Code Napoléon.

Cependant M. Duranton (3) conclut que le légataire ou l'hé-

(1) L. 59, § 4, *ff. De hæred inst.*
(2) L. 59, § 1, *ff. De cond. et dem.*
(3) T. 9, n° 311. — *Conf.*, Zachariæ, t. 5, pag. 41.

ritier institué, frappé de mort civile au décès du testateur, pourrait recueillir le legs ou l'institution, s'il avait recouvré la vie civile au moment de l'accomplissement de la condition. On voit que nous supposons la mort civile non abolie. Or il est évident que ce cas de mort civile est le seul qui puisse donner lieu à la question. La loi du 14 juillet 1819 a en effet supprimé l'incapacité des étrangers; et l'on s'accorde généralement à reconnaître que l'article 906, ne faisant aucune distinction entre les dispositions pures ou conditionnelles, le légataire ou l'héritier institué doit être né ou conçu lors du décès du testateur (1).

Revenons donc à notre question. Je vous institue héritier sous condition; à ma mort, vous êtes frappé de mort civile; vous renaissez plus tard à la vie civile, lors de l'accomplissement de la condition. Pouvez-vous recueillir, sous prétexte qu'il vous suffit d'être capable au moment où la condition est accomplie? Nous ne le pensons point.

L'article 906, en exigeant que pour être capable de recevoir par testament on soit au moins conçu à l'époque du décès du testateur, indique suffisamment que ceux-là seuls ont la capacité nécessaire pour recueillir, qui existent réellement au temps où le testateur est décédé. Une succession ne peut en effet faire impression sur qui n'existe pas; et il n'y a de pire incapacité que la non existence. Or celui qui a cessé d'exister, et tout aussi bien celui qui n'existe pas encore, sont frappés d'une incapacité égale, puisqu'ils sont atteints du même néant.

Quels sont donc les effets de la mort civile, si ce n'est de faire considérer comme mort, comme ayant cessé d'exister celui qui en a été frappé? La fiction a ici toute la force de la réalité. Le mort civilement n'est plus qu'un cadavre, et c'est en vain qu'on prétend opposer la possibilité d'une résurrection civile. Elle ne peut s'accomplir que par un miracle du droit de grâce, dont l'exercice ne peut avoir lieu sans main-

(1) Duranton, *ibid.* — Toullier, t. 5, n° 92. — Troplong, *Donat.*, n° 607. — *Contrà*, Zachariæ, t. 5, pag. 22.

tenir les faits accomplis à l'égard des tiers. La loi le considère si bien comme mort réellement, qu'elle le déclare incapable de recevoir par testament (25). Elle n'avait même pas besoin de le déclarer expressément; car cette incapacité est la conséquence de la non-existence civile.

L'article 1040 lui-même nous fournit un argument décisif pour combattre l'opinion qui veut qu'on ne considère la capacité de l'héritier institué ou du légataire, qu'au moment où la condition s'accomplit. Supposez que le légataire soit capable au moment du décès, et qu'il vienne, avant l'accomplissement de la condition, à être frappé à mort civile; direz-vous, avec Ulpien, qu'il peut être réintégré dans ses droits; qu'en conséquence, le legs n'est pas immédiatement frappé de caducité? Il est impossible de le soutenir, parce que l'article 1040, en déclarant le legs ou l'institution caduque, quand le légataire ou l'héritier décède avant l'accomplissement de la condition, ne distingue pas, sous le rapport de la capacité de l'institué, entre les dispositions pures et simples ou conditionnelles, et qu'il emploie une expression de décès qui renferme les cas de mort naturelle et de mort civile indistinctement. Si en effet le législateur a assimilé la mort civile à la mort naturelle, c'est surtout lorsqu'il s'agit de la capacité de tester ou de recueillir.

Il n'est donc pas vrai que la capacité ne se vérifie qu'à l'accomplissement de la condition. Or, si la mort civile intervenue entre le décès du testateur et l'accomplissement de la condition rend le legs caduc, à plus forte raison semble-t-elle devoir entraîner la caducité, quand le légataire en a été frappé, même avant la mort du testateur. Car, dans ce cas, il n'a pas même à invoquer la moindre existence de capacité au moment où, en principe, elle se considère et se vérifie, c'est-à-dire lors de l'ouverture de la succession. Aussi, l'article 1039 dit-il que toute disposition testamentaire est caduque, si celui en faveur de qui elle est faite n'a pas survécu au testateur; *toute disposition*, pure et simple ou conditionnelle, sans distinction; *n'a pas survécu*, termes généraux qui s'entendent d'une survie telle que la personne soit capable de recueillir, c'est-à-dire

d'une survie civile, et non d'une survie naturelle, telle que la constitue l'état de mort civile.

Voyons ensuite les conséquences de l'opinion que nous combattons. Le légataire ou l'héritier devenu capable de recueillir au moment de la condition accomplie, recueillera la chose telle qu'elle était dans les mains du testateur. Sous ce rapport il jouira du bénéfice de la rétroactivité. Ne voit-on pas l'inconséquence? S'agit-il de vérifier sa capacité, on ajourne jusqu'à l'accomplissement de la condition; s'agit-il de fixer l'étendue de ses droits, on remonte jusqu'au jour du décès. Il sera donc rétroactivement réputé avoir recueilli dès la mort du testateur; son adition de l'hérédité coïncidera avec un temps où, frappé de mort civile, il ne pouvait rien recueillir; il sera, en définitive, censé avoir eu toute capacité, à une époque où la loi le considérait comme un cadavre. Ces conséquences, inconciliables avec la loi, partent nécessairement d'un faux principe.

C'est que l'on confond l'ouverture du droit avec son exigibilité; c'est que l'on veut que l'accomplissement de la condition remplace le décès du testateur, pour déterminer l'ouverture du droit : voilà où est l'erreur et la confusion. Si le légataire et l'héritier doivent attendre, pour recueillir, l'accomplissement de la condition, ce n'est pas que le droit ne soit point ouvert; mais son échéance, son acquisition définitive est subordonnée à leur égard à la double circonstance de l'accomplissement de la condition, et de leur existence au temps de cet accomplissement. Nous avons vu pourquoi. La condition accomplie n'ouvre pas leurs droits; elle ne fait que leur ouvrir l'action, absolument comme l'obligation devient pure et simple dans un contrat conditionnel aussitôt qu'il est purifié (1). Il est si vrai que ce n'est pas la condition accomplie qui donne ouverture aux droits du légataire et de l'héritier, que ceux-ci jouissent pleinement du bénéfice de la rétroactivité, pour faire révoquer les charges, les servitudes, les aliénations, les hypo-

(1) L. 26, *ff. De cond. instit.*

thèques consenties, *pendente conditione*. Puisqu'ils remontent dans le passé pour fixer l'étendue de leurs droits, ces droits ont donc une date antérieure à l'accomplissement de la condition. Pour être en suspens, pour ne constituer, *pendente conditione*, qu'une espérance, une attente, ils n'en sont pas moins nés. Ils ne peuvent même être suspendus que parce qu'il existent; mais ils n'existent qu'avec le caractère d'éventualité essentiellement inhérent à tous les droits conditionnels.

Concluons donc que le droits résultant d'une disposition testamentaire conditionnelle sont ouverts par le décès du testateur, et qu'ils sont recueillis à ce moment-là, bien qu'ils soient éventuels et non exigibles. Concluons enfin que la capacité du légataire et de l'héritier doit s'apprécier au moment où il recueille, au moment où le droit s'ouvre, sans préjudice du cas de caducité par prédécès, prévu par l'article 1040.

Il ne saurait plus être maintenant question de mort civile, puisqu'elle est aujourd'hui abolie par la loi du 31 mai 1854, et que les condamnations à des peines afflictives perpétuelles emportent seulement la dégradation civique et l'interdiction légale, établies par les articles 28, 29 et 31 du Code pénal. Cependant, comme le condamné ne peut disposer de ses biens, en tout ou en partie, soit par donation entre vifs, soit par testament, ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments, à moins que le gouvernement ne l'ait relevé de tout ou partie des incapacités qui le frappent, notre discussion reçoit encore, sous ce rapport, une application parfaitement exacte. Seulement, il ne s'agit que d'une incapacité resultant d'une interdiction légale, au lieu d'une incapacité résultant de la mort civile.

14. Cette trop longue dissertation semble nous avoir bien éloigné de la question relative à la rétroactivité des conditions accomplies. Nous y rentrons, en disant que l'exception que l'on prétend déduire, en matière de testaments, de ce que la capacité de recueillir ne doit pas se vérifier à la mort du testateur, est une exception imaginaire fondée sur l'erreur et la

confusion. Sauf les dispositions de l'article 1040, l'accomplissement des conditions dans les testaments, comme dans les contrats, a un effet rétroactif. Le Code Napoléon ne contenant sur ce point aucune disposition particulière aux testaments, renvoie par son silence même aux dispositions relatives aux contrats. Pour être insérées dans des actes différents, les conditions ne changent point de nature. Elles doivent donc, sauf les cas d'exceptions expresses, être régies par les mêmes principes.

15. Qu'il nous suffise d'avoir posé la règle générale de la rétroactivité des conditions accomplies. Nous aurons à en développer plus tard les conséquences, quand nous examinerons les effets des conditions suspensives et résolutoires.

Article 1180.

Le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit.

Sommaire.

1. Le créancier peut, *pendente conditione*, exercer tous actes conservatoires.
2. Exemples de certains actes.
3. Il peut produire à l'ordre.
4. Il n'a aucun droit sur les sommes saisies-arrêtées. *Secus* en cas de saisie mobilière ou immobilière.
5. Il peut agir en cas de dégradations commises.
6. Les juges peuvent ordonner le séquestre de la chose due conditionnellement.
7. *Quid* de celui qui a concédé des droits sous condition résolutoire?
8. L'article 1180 ne s'applique point aux droits simplement éventuels.

COMMENTAIRE.

1. Le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit. Telles sont les dispositions de l'article 1180. Il est en effet de toute justice que le créancier conditionnel, quoiqu'il n'ait aucun droit réa-

lisé et exigible avant l'accomplissement de la condition, soit néanmoins autorisé à veiller à la conservation des droits dont il a l'espérance légitime. D'autre part, comme ces mesures simplement conservatoires ne sont point de nature à léser les droits du débiteur, celui-ci n'est point fondé à se plaindre de leur exercice. La loi a ainsi sagement concilié les intérêts de l'un et de l'autre, en combinant ce qu'exige la légitimité de l'attente avec ce que prohibe le défaut d'exigibilité.

2. Les actes conservatoires varient suivant les circonstances. Tous les droits ne se prêtent pas uniformément aux mêmes mesures tendantes à leur conservation et à leur sûreté. Au lieu d'en faire une énumération impossible, nous nous bornons donc à citer les plus usuelles et les plus ordinaires.

Ainsi, le créancier conditionnel peut prendre inscription hypothécaire (2132);

Demander, en cas de perte ou de diminution des sûretés promises, un supplément d'hypothèque, conformément à l'article 2131;

Exiger, en cas que le débiteur soit en déconfiture, ou qu'il ait par son fait diminué les sûretés données par le contrat, sinon un payement immédiat, du moins un supplément de garanties par voie de consignation ou d'hypothèque;

Assigner son débiteur en reconnaissance d'écriture et de signature (1), du titre ou de l'existence de la dette (2);

Faire tous actes interruptifs de la prescription;

Faire opposition à ce que le rapport ou le partage se fasse en fraude de ses droits (865, 882);

Demander la séparation du patrimoine du défunt d'avec celui des héritiers (878, 2111);

Exercer enfin les droits et actions du débiteur, conformément à l'article 1166, puisque l'exercice de ces droits et actions par le créancier n'est fondé que sur l'intérêt de celui-ci à la conservation du gage commun, sans qu'il acquière aucun

(1) Voy. l. 3, sept. 1807. — TOULLIER, t. 8, n° 227.
(2) Voy. 1186, n° 21.

droit particulier et exclusif sur la chose qui fait l'objet de l'action.

Mais il doit se borner aux actes conservatoires, sans en faire aucun qui, tout en paraissant n'avoir pour objet que la conservation de la créance, constituerait néanmoins en même temps un acte de poursuite et d'exécution. Telles sont les saisies-arrêts ou oppositions.

3. Il peut cependant produire à l'ordre ouvert et demander une collocation éventuelle. Seulement, il ne pourra toucher la somme pour laquelle il aura été colloqué qu'après l'accomplissement de la condition; et le montant de cette collocation restera entre les mains de l'acquéreur ou de l'adjudicataire, s'il n'y a pas de créanciers postérieurs, ou bien il sera touché, en attendant, par les derniers créanciers sur lesquels les fonds manqueraient, mais à la charge par eux de donner caution pour assurer le remboursement, en cas que la condition vienne à s'accomplir (1).

De même, en cas de faillite ou de cession de biens, s'il ne peut rien recevoir tant que la condition n'est pas accomplie, du moins on doit mettre en dépôt le dividende qu'il recevra plus tard, ou le laisser entre les mains des autres créanciers, à la charge par eux de donner caution de rapporter, le cas échéant (2).

4. Mais nous ne pensons pas qu'il puisse demander une collocation éventuelle en cas de saisie-arrêt. Comme la somme est exclusivement attribuée aux opposants (3), et qu'il ne peut lui-même saisir-arrêter, il n'a rien à y voir ni à prendre.

Quant au cas de saisie-exécution ou de saisie-immobilière, comme ces actes de poursuites ne font que réaliser le gage commun dans l'intérêt de tous, il peut se présenter à la dis-

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 222. — Toullier, t. 6, n° 528. — Troplong, *Hyp.*, n° 959, *ter*. — Grenier, *Hyp.*, t. 1, n° 187. — Persil, art. 2184, n° 8.

(2) Duranton, t. 11, n° 69.

(3) Voy 1166, n° 26.

tribution, comme il pourrait le faire en cas de faillite ou de cession de biens. Les raisons sont les mêmes, car il a les mêmes droits sur le gage de sa créance dans un cas que dans l'autre. Telle est la distinction suivant laquelle nous avons dû rectifier l'opinion peut-être exagérée de M. Duranton, pour le cas de saisie-arrêt (1).

Toutefois, si le débiteur était dans l'un des cas qui autorisent de la part du créancier une action en supplément de garanties, le créancier pourrait alors de ce chef, et par forme conservatoire, faire une saisie-arrêt; et, comme opposant, il serait saisi contributoirement des sommes arrêtées, pour ne toucher néanmoins qu'après la condition accomplie; car il n'y a d'exigible que le supplément de garanties. Aussi, pensons-nous que le créancier a besoin, dans tous les cas, de la permission du juge pour saisir-arrêter (558, C. pr.), parce que sa poursuite se fonde moins sur un titre écrit que sur un simple fait, le titre envisagé seul excluant, au contraire, le droit d'opposition actuelle.

5. Tant que la condition n'est pas accomplie, le créancier n'a qu'une simple espérance, une attente; *spes est debitum iri* (2). Et le débiteur conserve sur sa tête tous les droits de la propriété, sauf les effets rétroactifs de la condition ultérieurement accomplie. Mais il n'en faut point conclure que ce dernier puisse traiter la chose due conditionnellement comme s'il en était absolument propriétaire. Le créancier peut, au contraire, intenter même contre lui toutes les actions qui ont pour but la conservation de la chose. Par exemple, s'il exploite une forêt comprise dans le domaine vendu, s'il se met à démolir les bâtiments, s'il commet enfin des dégradations, des détériorations quelconques, il peut le poursuivre judiciairement, afin qu'il lui soit fait inhibition et défense à cet égard (3), et que le dommage dont le montant doit être payé

(1) T. 11, n° 70.
(2) Instit., *De verb. oblig.*, § 4.
(3) Ricard, *Disp. cond.*, n° 185.

plus tard, le cas échéant, soit contradictoirement évalué, sans préjudice toutefois du droit qu'il a, suivant l'artiee 1182, de faire résoudre l'obligation ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, avec dommages et intérêts. Ainsi se concilient les droits de propriété actuelle du débiteur, et les droits de propriété éventuelle du créancier.

6. Les juges pourraient même ordonner le séquestre de la chose due conditionnellement. Elle est en effet réellement litigieuse, au moins dans le sens général du mot (1961, § 2). Si elle a dû d'abord rester dans les mains du débiteur, puisque le contrat ou la disposition, à raison de son caractère conditionnel, a pour effet de l'y maintenir jusqu'à ce que la condition soit accomplie, ce n'est que sous la réserve des effets du litige qui peut s'engager plus tard entre le créancier et le débiteur, relativement aux mesures qu'il est nécessaire et urgent de prendre pour la conservation des droits du premier. Le séquestre se justifie alors par les plus puissantes raison de justice et d'équité.

7. Comme la condition résolutoire se retourne, du moins sous ce rapport, en condition suspensive à l'égard de celui qui a concédé des droits résolubles sur sa chose, il peut, comme tout créancier conditionnel, exercer les actes qui ont pour but la sûreté et la conservation de la créance ou de la chose. Je vous vends ma maison, sous condition résolutoire; l'effet immédiat du contrat est de vous en rendre propriétaire; cependant j'ai moi-même un droit éventuel, subordonné à la résolution de la vente, résolution qui constitue pour moi une véritable condition suspensive. Je pourrai donc, comme si j'avais acheté sous condition suspensive, au lieu de vous vendre sous condition résolutoire, prendre toutes les mesures nécessaires à la conservation de mes droits (1).

De même, si j'avais touché le prix de vente, et que j'eusse hypothéqué mes biens pour en garantir la restitution, la réso-

(1) Zachariæ, t. 2, pag. 203. — Troplong, *Dépôt*, n° 296.

lution échéant, l'acquéreur ainsi devenu mon créancier éventuel pourrait prendre inscription, *pendente conditione*, avant l'accomplissement de la condition résolutoire.

8. L'article 1180 s'applique à tous droits conditionnels, soit qu'ils résultent de contrats ou de dispositions testamentaires. Mais il est inapplicable aux droits simplement éventuels, tels que ceux des héritiers à réserve, résultant de la vocation de la loi (1), ou des donataires de biens à venir, en vertu d'une institution contractuelle (2), à l'égard des actes entre vifs, par lesquels leur auteur ou instituant tendrait à porter atteinte à l'émolument de la réserve ou de l'institution. L'héritier réservataire ou donataire institué, ne peut agir qu'après l'ouverture de la succession, sans qu'il puisse prendre auparavant aucune mesure conservatoire, à quelques périls que ses droits soient exposés.

Il n'a en effet qu'un droit éventuel que l'on ne peut, sans une inexplicable confusion, assimiler à un droit conditionnel. Celui-ci, bien qu'il ne soit pas encore purifié et réalisé avant l'accomplissement de la condition, n'en constitue pas moins, comme expectative, un droit véritablement acquis, auquel une loi postérieure ne saurait porter atteinte sans violer le principe de la non-rétroactivité, et qui, par l'accomplissement de la condition, produit des effets rétroactifs; tandis, au contraire, que le droit simplement éventuel, si même on peut dire que c'est un droit, n'a jusqu'à la réalisation de l'éventualité sur laquelle il se fonde, rien d'actuel, rien de certain dans son existence, son échéance et sa quotité. C'est une simple espérance, une possibilité, qui ne constituent aucun droit acquis, qu'une loi nouvelle peut modifier incessamment ou annuler sans effet rétroactif, et qui, lorsqu'elles se réalisent, n'ont aucune espèce de rétroactivité. Ajoutons que si les parties in-

(1) *Contrà*, Troplong, *Contrat de mariage*, n° 135 ; *Donat.*, n°s 2726, 2748. — Grenoble, 2 juill. 1831. Sirey, 32, 2, 346. — Riom, 9 août 1843. Sirey 44, 2, 15.

(2) Zachariæ, t. 5, pag. 524, n[te] 62.

téressées pouvaient demander à la justice des mesures conservatoires, elles pourraient en faire l'objet d'un traité, et que ce traité portant une succession future serait frappé de nullité, aux termes de l'article 1130.

§ II. *De la condition suspensive.*

ARTICLE 1181.

L'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un évènement futur et incertain, ou d'un évènement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties. — Dans le premier cas, l'obligation ne peut être exécutée qu'après l'évènement. — Dans le second cas, l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée.

Sommaire.

1. Renvoi.
2. Mauvaise rédaction de l'article 1181.
3. Tant que la condition n'est pas accomplie, l'obligation est sans force juridique.
4. La prescription ne court à l'égard des tiers que de l'accomplissement de la condition.
5. Le payement fait par erreur, *pendente conditione*, peut être répété.
6. Le débiteur possède et jouit. Conséquences.
7. Il peut purger, mais non délaisser.
8. Il peut même disposer, hypothéquer. Le créancier a le même droit.
9. Le légataire et l'héritier peuvent traiter et transiger sur leurs droits, *pendente conditione.*
10. Si la condition vient à défaillir, l'obligation est réputée non avenue.
11. Les points réglés en dehors le sont définitivement.
12. Si la condition s'accomplit, l'obligation est réputée pure et simple.
13. Le débiteur doit livrer la chose avec ses accessoires,
14. Et avec les fruits perçus. *Quid* des dispositions testamentaires?
15. Entre le débiteur et le créancier la presciption ne court pas, *pendente conditione, secùs* à l'égard des tiers.
16. La prescription accomplie en faveur du débiteur, le sera en faveur du créancier. *Quid*, en cas de minorité?
17. Les actes de disposition s'évanouissent, la condition étant accomplie,
18. L'inscription hypothécaire vaut à sa date.
19. Le créancier est censé propriétaire dès le principe. Conséquences.

20. Les actes d'administration doivent être entretenus.
21. Cependant le premier bail conditionnel est préféré au second, s'il a date certaine antérieure.

COMMENTAIRE.

1. Après avoir examiné les différentes espèces de conditions, et les règles qui leur sont généralement communes, nous devons examiner séparément les effets particuliers de la condition suspensive et de la condition résolutoire.

Le législateur revient dans l'article 1181 sur la définition de l'obligation contractée sous une condition suspensive, bien qu'il l'ait donnée d'une manière générale, dans l'article 1168. « L'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un évènement futur et incertain, ou d'un évènement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties. Dans le premier cas, l'obligation ne peut être exécutée qu'après l'évènement. Dans le second cas, l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée. »

2. Nous nous bornerons à faire ici une simple observation ; c'est que cette définition de l'obligation contractée sous une condition suspensive, n'est pas parfaitement exacte. En effet, ainsi que nous l'avons démontré plus haut (1), il n'y a pas de condition proprement dite, lorsque le fait apposé comme condition est actuellement arrivé, mais qu'il est encore inconnu des parties. Comme il y a fait accompli, il n'y a rien de ce futur et de cet incertain qui constituent le caractère essentiel de toute condition. L'obligation contractée sous la condition d'un pareil fait n'a donc en réalité rien de conditionnel. Si elle est conditionnelle, ce n'est que dans la forme et l'expression ; mais au fond elle ne l'est pas du tout. Aussi, a-t-elle, suivant les termes de notre article, son effet du jour où elle a été contractée. Elle est, en un mot, pure et simple, et elle l'a toujours été.

3. Rentrons donc dans l'hypothèse d'une obligation réelle-

(1) 1168, n° 2.

ment contractée sous une condition suspensive, c'est-à-dire dépendante d'un évènement futur et incertain, comme serait celle-ci, je vous vends ma maison, si le *Suffren* revient d'Alger.

Nous avons alors à examiner quels sont les droits du stipulant et du promettant dans leurs rapports entre eux ou à l'égard des tiers, soit pendant le temps que la condition demeure suspendue, soit lorsqu'elle s'accomplit, soit lorsqu'elle vient à défaillir. Tout ce que nous dirons sur ces divers points ne sera que la conséquence directe de la suspension de l'obligation, combinée avec l'effet rétroactif de la condition accomplie ou défaillie.

Tant que la condition est en suspens, c'est-à-dire tant qu'elle n'est ni accomplie ni défaillie, l'obligation qui en dépend est elle-même suspendue, et cet état de suspension fait qu'elle est sans force juridique. Aussi, la rédaction de l'article 1181 nous paraît-elle très inexacte, quand il dit que l'obligation ne peut être exécutée qu'après l'évènement. Ceci est vrai ; mais ce n'est qu'un côté de la vérité, et non la vérité tout entière. Autrement, l'obligation contractée sous une condition suspensive, ne serait autre chose qu'une obligation à terme : ce qui n'est pas, car l'article 1185 prend soin d'en signaler la différence ; et cette différence consiste en ce que la condition suspend l'engagement, tandis que le terme ne fait qu'en différer l'exécution. Or, de ce que l'engagement lui-même est suspendu tant que la condition n'est pas accomplie, il suit qu'il n'existe pas avec cette force juridique essentiellement inhérente à toute obligation légalement contractée. Il existe un contrat, mais, en attendant, point d'obligation (1).

Comme le créancier, avant l'accomplissement de la condition, n'a qu'un droit en herbe, s'il faut ainsi dire, un bouton qui peut produire un fruit (2), il ne peut en conséquence exercer aucun des droits qui ne résultent que d'un engage-

(1) Voy. Duranton, t. 11, n° 72. — Zachariæ, t. 2, pag. 300.
(2) Ricard, *Disp. cond.*, n° 12.

ment parfait. Cependant, comme la convention lui donne une espérauce juridiquement fondée, l'article 1180, ainsi que nous l'avons vu, l'autorise à faire, *pendente conditione*, quoiqne l'incertitude de la condition tienne l'obligation suspendue, tous les actes purement conservatoires de son droit.

Tous les droits que le stipulant n'a pas encore acquis résident par contre dans les mains du promettant, tant que la condition n'est pas accomplie. Et ils y résident dans toute leur plénitude, sauf les restrictions qu'y apportent nécessairement, suivant les circonstances et leur natnre spéciale, les actes conservatoires exercés par le créancier.

4. Le titre soumis à une condition suspensive ne fait courir la prescription au profit du créancier qu'à dater de l'évènement de la condition. Jusque-là, en effet, il n'a conféré aucun droit actuel, mais une simple espérancc qui ne peut lui donner en conséquence le sentiment fondé de la propriété acquise, *justa opinio dominii quæsiti*. La propriété continuant de résider sur sa tête, le promettant possède par lui-même ou par le créancier qni s'est mis en possession et est censé possédcr pour son compte à lui promettant, *pendente conditione*. Ainsi, à l'insuffisance du titre se joint l'absence ou la précarité de la possession, en ce qui touchc le créancier conditionnel. Et la rétroactiviié de la condition accomplie est sans influence sur ce passé, où il n'y a eu ni titre actuel de proprietairc, ni possession caractérisée (1).

Ainsi, le stipulant ne pourra prescrire par dix ou vingt ans qu'à partir de l'échéance de la condition, pourvu encore qu'il soit en possession, condition essentielle pour prescrire, sauf le droit de se prévaloir de la prescription accomplie en faveur de son auteur, ou de joindre sa possession à celle de ce dernier pour compléter la prescription.

De ce que, *pendente conditione*, il ne peut, à raison de l'inef-

(1) POTHIER, *Prescript.*, n° 92. — TROPLONG, *Prescript.*, n° 910. — ZACHARIÆ, T. 1, pag. 465. — *Contrà*, DURANTON, T. 21, n° 376.

ficacité de son titre, avoir *justa opinio dominii quæsiti*, il suit que sa bonne foi doit exister lors de l'évènement de la condition; car sa bonne foi doit être contemporaine avec l'opinion fondée de sa propriété. Tant qu'il ne peut se considérer comme propriétaire, il importe peu qu'il soit de bonne foi dans sa simple espérance. Il ne suffirait donc pas qu'il fût de bonne foi à une époque antérieure à l'accomplissement de la condition, s'il est de mauvaise foi au moment où elle se réalise. Sa véritable acquisition, au point de vue de la prescription, ne date que de l'échéance de la condition (2269).

5. Il suit des principes posés que le débiteur qui, par erreur, aurait payé avant l'accomplissement de la condition, pourrait répéter *condictione indebiti* (1).

6. C'est lui qui doit posséder et jouir, à ce point que, si le créancier était en possession indue de la chose, il pourrait la revendiquer contre lui, avec restitution des jouissances (2).

Par la même raison, c'est lui qui touche les fermages, le créancier lui-même fût-il fermier de la chose.

Il a, comme tout propriétaire, une liberté absolue d'administration, sauf les cas d'abus et de dégradations de nature à autoriser de la part du créancier l'exercice d'actes conservatoires.

Il peut reconnaître et interrompre, mais non renoncer à la prescription acquise. Nonobstant toute renonciation, le créancier pourrait l'opposer (2225).

Comme jusqu'à l'échéance de la condition la propriété réside en sa personne de la manière la plus absolue, il est en droit d'exercer toutes les actions qu'il pourrait intenter, en supposant qu'il n'eût pas contracté. A ce titre de propriétaire, il peut poursuivre les tiers, soit en revendication, soit en reconnaissance de servitude, soit en exécution ou reconnais-

(1) L. 16, *ff. condict. ind.* — Voy. 1376, n° 9.

(2) L. 32, *ff. De leg.*; 2°. — Ricard, *Disp. cond.*, n° 182. — Duranton, t. 9, n° 305.

sance de tout autre droit, tant au pétitoire qu'au possessoire.

S'agit-il d'un objet légué sous condition suspensive, les héritiers grevés de ce legs peuvent en faire le partage, comme des autres choses comprises dans la succession (1).

S'agit-il de la vente conditionnelle d'une part quelconque dans un objet indivis, le vendeur, censé propriétaire jusqu'à l'accomplissement de la condition, peut poursuivre le partage amiable ou judiciaire contre les autres cohéritiers, associés ou copropriétaires.

Par la même raison, il a qualité pour défendre à toutes les actions qu'il pourrait intenter lui-même. Sa propriété et sa possession en font en effet le contradicteur légitime et nécessaire de tous ceux qui peuvent prétendre des droits sur l'objet de la convention ou de la disposition. Il couvre, en un mot, tant activement que passivement, toutes les actions relatives à la chose.

Le créancier n'a, dans tous ces cas, qu'une chose à faire; c'est de veiller à la conservation de son droit, par voie d'opposition ou d'intervention, s'il craint que ses intérêts ne soient compromis par collusion, fraude ou négligence, sans préjudice toutefois du droit qui lui appartient, s'il n'a figuré personnellement dans l'instance, de repousser la chose jugée avec le débiteur seul, si le jugement lui nuit, après l'accomplissement de la condition suspensive (2). Quand donc nous disons que le débiteur a qualité pour couvrir, *pendente conditione*, toutes les actions actives et passives concernant la chose, pour les intenter ou y défendre, comme étant le contradicteur légitime et forcé des tiers, ce n'est que sous la réserve des droits résultant en faveur du créancier des effets essentiels de la condition suspensive, quand elle vient à s'accomplir.

7. Est-il tiers détenteur quant aux immeubles qu'il a aliénés conditionnellement? Il peut, tant que la condition n'est pas accomplie, purger la propriété, et tout se passe comme s'il ne

(1) L. 12, § 2, *ff. De famil. ercisc.*
(2) Voy. 1351, n° 112.

l'avait pas aliénée. C'est contre lui que doivent être dirigées les poursuites hypothécaires ; c'est sur sa tête que les créanciers doivent faire vendre l'immeuble hypothéqué, toujours comme s'il n'avait pas lui-même aliéné sous condition suspensive. Sa qualité de tiers-détenteur le présente comme défendeur obligé aux poursuites et actions réelles qui ne s'adressent à lui qu'à raison de sa possession. Mais il ne peut faire le délaissement de la chose que comme il pourrait en consentir l'aliénation. Pour délaisser, il faut en effet avoir la capacité d'aliéner (2172). Or, comme il ne peut aliéner que sauf révocation, en cas que la condition vienne à s'accomplir, il ne peut délaisser de même que sauf révocation et sans préjudice des droits de l'acquéreur conditionnel, qui pourra, la condition étant accomplie, faire annuler les poursuites et l'adjudication faites sur le délaissement. Les créanciers seront dès lors obligés de recommencer une nouvelle saisie sur le nouveau détenteur, et réduits à se faire rembourser par le délaissant les frais par eux exposés.

8. Quant aux actes de disposition, le débiteur est capable de les consentir, *pendente conditione*, tant que la condition n'est pas accomplie. Ainsi, il peut aliéner tout ou partie de la chose, la grever d'un usufruit, d'une servitude, d'hypothèques (1).

Le créancier a lui-même le même droit ; car il a sur la chose un droit suspendu, il est vrai, par une condition, mais qui peut se purifier plus tard (2). En vain objecterait-on, quant aux concessions d'hypothèques, que l'article 2129 parle de biens actuellement appartenant à celui qui consent hypothèques, comme en étant seuls susceptibles. Ces mots, actuellement appartenant, doivent s'entendre dans le sens que leur donne l'objet spécial de la disposition où ils ont été insérés. Or ils y ont été mis par opposition aux biens à venir dont elle prohibe

(1) TROPLONG, *Hyp.*, nos 468, *ter* et *quater*. — MERLIN, Rép., v° *Hyp.*, sect. 2, § 3, art. 3, n° 5.
(2) TOULLIER, T. 6, nos 529, 532.

l'hypothèque. Ils signifient donc simplement les biens sur lesquels le débiteur n'a pas de droits actuels ; et l'on ne peut dire que le créancier sous condition suspensive n'ait point sur la chose de droits actuels, puisqu'il a une espérance juridiquement fondée qui constitue un véritable droit en sa faveur. D'ailleurs, dans la langue légale, on dit souvent d'une chose qu'elle nous appartient actuellement pour exprimer que nous avons l'espérance fondée en droit d'en devenir propriétaire (1). Il faut donc s'en tenir aux termes clairs et précis de l'article 2125, qui autorise la concession d'une hypothèque de la part de ceux qui n'ont sur la chose qu'un droit suspendu par une condition ou résoluble dans certains cas. Et telle est la position du créancier et du débiteur sous condition suspensive ; celui-ci a un droit résoluble par l'évènement de la condition, comme l'autre un droit suspendu par l'incertitude de la même condition.

9. Le légataire et l'héritier conditionnels peuvent traiter, transiger, *pendente conditione*, sur les droits qui leur ont été conditionnellement transférés, pourvu qu'ils soient ouverts par l'ouverture de la succession. Ce n'est point en effet faire de traité ou de renonciation au sujet d'une succession future (2). Seulement, l'héritier conditionnel peut revenir sur la répudiation tant qu'elle n'a pas été acceptée par d'autres héritiers.

10. Voyons maintenant quelle influence exerce sur les actes, soit du débiteur soit du créancier, la défaillance ou l'accomplissement de la condition suspensive.

Lorsque la condition vient à défaillir, l'obligation est de plein droit réputée non avenue, et doit être considérée comme n'ayant jamais existé. Les aliénations, les hypothèques, les servitudes que le créancier a pu consentir disparaissent et s'évanouissent. Il n'a jamais eu de droit sur la chose qui fai-

(1) L. 181, *ff. De verb. signif.*

(2) Duranton, t. 9, n° 309. — Troplong, *Donat.*, n° 288. — *Contrà*, Ricard, *Disp. cond.*, n°s 186 et suiv.

sait l'objet de l'obligation. Ainsi, en supposant que le créancier eût été mis provisoirement en possession de la chose, il devrait la restituer en principal, accessoires et fruits. D'autre part, si le débiteur avait reçu lui-même d'avance le prix de cette chose, il devrait le restituer en capital et intérêts, à moins que les juges n'établissent une équitable compensation entre les intérêts du prix reçu par l'un et les fruits perçus par l'autre.

11. Mais les points qui auraient été, en dehors de l'accomplissement ou de la défaillance de la condition, pendant que l'obligation était suspendue, l'objet d'un règlement amiable ou judiciaire entre les parties, n'en doivent pas moins demeurer définitivement réglés. Par exemple, le créancier a poursuivi le débiteur, *pendente conditione*, pour dégradations commises par lui sur la chose, au préjudice de ses droits éventuels ; il est intervenu une transaction ou un jugement qui met les frais de cette action conservatoire à la charge du débiteur. Celui-ci ne pourra, sous le prétexte de la défaillance de la condition, prétendre que par le fait il est aujourd'hui vérifié que, dans le temps, le créancier a eu tort de le poursuivre pour dégradations qu'en définitive il a commises sur sa propre chose, et à son seul préjudice. Pour apprécier l'action intentée par le créancier, il faut en effet se reporter à sa cause et à son époque. Or, quand elle a été exercée, la condition était en suspens, et le créancier pouvait légitimement faire tous les actes conservatoires d'un droit qui, pour être alors éventuel, n'en existait pas moins.

Si, au moment où la condition vient à défaillir, cette action n'était pas réglée, il faudrait de même la vider au point de vue de sa cause et de son intérêt au moment de son exercice, sans se préoccuper des évènements ultérieurement accomplis. C'est là un principe qui s'applique à toutes les situations, aussi bien à celle du créancier qu'à celle du débiteur, et à toutes les hypothèses, à celle de l'accomplissement comme à celle de la défaillance de la condition. Ainsi, le créancier qui aura été

jugé avoir agi à tort, en exerçant un acte prétendu conservatoire, ne pourra, pour échapper aux conséquences de cette action mal fondée, se prévaloir de l'accomplissement ultérieur de la condition.

12. Lorsque la condition suspensive vient à s'accomplir, on doit, par suite de son effet rétroactif, considérer l'obligation comme n'ayant été soumise dès le principe à aucune condition. Elle est censée avoir toujours été pure et simple.

13. Le débiteur est tenu de lui livrer la chose avec tous les accroissements qu'elle a reçue pendant que la condition était en suspens. Le créancier profite donc de l'alluvion (556), et du trésor qui sont des accroissements extraordinaires de la propriété, sauf, quant au trésor, les droits de l'inventeur (717).

Quant aux améliorations, réparations, constructions, plantations que le débiteur aurait faites sur la chose, *pendente conditione*, il convient d'appliquer les dispositions de l'article 555, en distinguant si elles ont eu lieu de bonne ou de mauvaise foi. Celui qui s'est obligé personnellement sous condition suspensive, ne saurait en effet être considéré, en principe, comme étant de bonne foi. Il connaît les droits de l'autre partie ; il n'ignore pas que, si les droits du créancier sont suspendus, les siens sont résolubles par l'évènement de la condition. Il est donc, en règle générale, dans un état de doute et d'incertitude, exclusif de toute idée de bonne foi. Cette question dépend toutefois des circonstances, de la nature de la condition, et aussi de celle des réparations faites. Mais c'est l'exception. D'un autre côté, les héritiers du débiteur, bien que personnellement obligés en son lieu et place, peuvent néanmoins ignorer l'obligation contractée par leur auteur sous condition suspensive. Dans ce cas, leur bonne foi est évidente ; et comme, après tout, la question de bonne foi n'est qu'une question de fait, on ne peut leur en refuser le bénéfice.

14. Le débiteur doit-il rendre les fruits perçus ? M. Toullier (1)

(1) T. 6, nos 541, 545, 548. — *Conf.*, Troplong, *Donat.*, n° 291.

l'en dispense, par application des articles 549 et 550, à raison de sa bonne foi. M. Duranton (1) l'en dispense aussi par un motif tout différent. Il lui alloue les fruits comme équivalent et en compensation de la charge des détériorations que l'article 1182 lui impose. Nous répondrons à l'un, que le débiteur qui n'ignore pas les droits concédés par lui ou par son auteur au créancier conditionnel, n'est évidemment pas de bonne foi, et qu'il ne peut dès lors invoquer les dispositions des articles 549 et 550; à l'autre, que les dégradations survenues à la chose ne se compensent pas, en règle générale, avec les fruits, mais seulement avec les accroissements dont la cause est inhérente au fonds même de la propriété; que d'ailleurs cette compensation est si peu applicable ici, que ce n'est pas le débiteur qui profite de ces accroissements, tels que le trésor et l'alluvion; enfin, que les dispositions de l'article 1182, en ce qui touche les dégradations accidentelles, peuvent être modifiées par la convention, sans que la question relative aux fruits en soit modifiée elle-même. Elle doit donc se résoudre par d'autres principes.

Or nous pensons (2) que la rétroactivité de la condition accomplie a pour effet d'obliger le débiteur à tenir compte de tous les fruits perçus, *pendente conditione*. Toute condition suspensive ne contient pas en effet une simple terme. L'éventualité des droits conférés affecte l'obligation dans son existence même, et non point seulement dans son exécution. Que, dans toute obligation à terme, sauf clause expresse ou tacite du contraire, le débiteur perçoive jusqu'à son exigibilité, les fruits de la chose due, cette perception n'est que la conséquence de la possession qu'il s'est expressément réservée. Je vous vends ou donne tel domaine, mais je ne dois vous mettre en possession que dans un an. Evidemment, durant cette année, les fruits m'appartiendront. Mais le débiteur conditionnel dont l'obligation reste suspendue un an, deux ans, plus longtemps

(1) T. 11, n° 82.
(2) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 302, n° 37. — MARCADÉ, art. 1179, n° 2.

encore, ne peut garder les fruits perçus, *medio tempore*, parce que l'effet rétroactif de la condition accomplie empêche qu'il ne les ait faits siens. Il est censé rétroactivement n'avoir eu aucun droit sur la chose. L'apposition de la condition n'aboutit donc pas simplement à la stipulation d'un terme indéfini, qui ne se précise et n'échet que par l'évènement. Voilà pourquoi il nous semble convenable d'appliquer aux restitutions de fruits, en cas de condition suspensive, le principe général de la rétroactivité des conditions.

Si le créancier a payé par anticipation le prix de la chose, il devient plus sensible, dans ce cas, qu'il a droit aux fruits perçus par le débiteur, *pendente conditione*. Celui-ci ne les a pas faits siens, comme les aurait faits siens un débiteur ayant terme pour effectuer la délivrance, et recevant un payement anticipé. Mais ce n'est qu'une circonstance dont la considération n'est pas exclusivement décisive. Elle rend seulement notre solution plus favorable.

Du reste, il peut résulter soit des termes de la convention ou de la disposition, soit des autres circonstances de la cause qui révèlent l'intention des parties, que le débiteur a le droit de retenir les fruits perçus, *pendente conditione*; et les tribunaux sont eux-mêmes autorisés à compenser, dans tous les cas, la restitution des fruits dont le débiteur est tenu, avec les annuités correspondantes d'intérêts dont le stipulant ou le créancier serait lui-même redevable.

Si, en matière de contrats, le promettant est, sauf convention contraire, comptable envers le stipulant des fruits perçus pendant le temps intermédiaire, par les seuls effets rétroactifs de la condition accomplie, et par suite de la purification du droit de propriété, ce principe est cependant modifié dans son application aux dispositions testamentaires, par le droit particulier des legs et institutions. C'est qu'elles ne produisent pas toujours, comme les contrats, des effets immédiats et instantanés. Soit qu'il s'agisse de legs ou d'institutions universelles, ou à titre universel, ou à titre particulier, l'institué

ou légataire qui n'a pas en sa faveur la saisine légale n'est pas saisi de l'émolument de la disposition, comme l'est une partie contractante de l'objet de sa stipulation ; et, à moins qu'il n'en ait été dispensé par la loi ou par le testateur, il doit former une demande en délivrance (1004, 1005, 1011, 1014). Or, comme il n'a aucune action à exercer tant que la condition est en suspens, et que la loi subordonne à sa demande en délivrance son droit aux fruits, il s'ensuit qu'à l'échéance de la condition il ne peut réclamer les fruits antérieurement perçus, et qu'ils profitent nécessairement à ceux contre lesquels la demande en délivrance, si elle eût été possible, aurait dû être dirigée.

Vainement dirait-on, en ce qui concerne les institutions universelles ou à titre universel, que la succession constituant un droit universel et solidaire, l'institué recueille l'émolument de la disposition, à l'échéance de la condition accomplie, avec tous les fruits perçus qui viennent en augmentation et en complément de l'hérédité, à partir du décès du testateur (1). Cette objection serait fondée, si l'institué pouvait invoquer la saisine légale, et s'il n'était pas tenu d'agir en délivrance. Il est évident qu'alors la succession s'accroîtrait, comme universalité juridique, de tous les fruits perçus dans le temps intermédiaire. Mais si, dans le cas même où il a un droit actuel et exigible, il est tenu d'agir en délivrance pour avoir droit aux fruits, comment pourrait-il y prétendre, alors que non seulement il n'a point formé, mais que même il est irrecevable à former une action en délivrance? Les fruits ne lui appartiennent donc jamais que de la même manière qu'ils appartiendraient à celui qui aurait été institué purement et simplement; et encore, à la différence de celui-ci, il sera forcé d'attendre, pour agir, l'accomplissement de la condition qui ouvre l'exigibilité de son droit.

Mais remarquons bien que nous ne fondons ces solutions que sur les règles spéciales des institutions et legs. Si donc

(1) Voy. RICARD, *Disp. cond.*, nos 216 et 222.

l'héritier ou légataire institué conditionnellement n'a pas droit aux fruits perçus, *pendente conditione*, c'est moins à cause du caractère conditionnel de la disposition, qu'à raison de l'obligation qui lui est imposée de former une demande en délivrance; de telle sorte que s'il en était régulièrement dispensé par le disposant ou par la loi, cette obligation cessant, il aurait droit aux fruits du jour du décès du testateur. On rentre dès lors pleinement dans le principe de la rétroactivité des conditions; et comme son application, en ce qui touche les fruits, ne reçoit, dans ce cas, aucune modification du droit spécial des testaments, il n'y a plus qu'à rechercher s'il résulte des circonstances de la cause ou des termes de la disposition, que le testateur a entendu qu'il ne fût pas rendu compte à l'institué des fruits perçus antérieurement à l'évènement de la condition.

15. Entre le débiteur et le créancier, tant que la condition n'est pas accomplie, et que par suite il n'y a point d'action, la prescription ne court point. Ce sont les dispositions formelles de l'article 2257.

Mais, à l'égard des tiers, rien ne l'empêche de courir à leur profit. Le créancier conditionnel peut en effet accomplir tous actes conservatoires, interrompre la prescription, agir en reconnaissance et en déclaration de ses droits. Il n'est donc point dans le cas d'invoquer la maxime, *contrà non valentem agere non currit præscriptio*, contre qui ne peut agir la prescription ne court pas (1).

16. Lorsque la condition est accomplie, son effet rétroactif conduit à cette conséquence: c'est que si le débiteur conditionnel n'est qu'un simple possesseur en cours de prescription, la prescription aura couru et se sera accomplie au profit du créancier dont les droits finissent par être purifiés.

(1) DURANTON, T. 9, n° 308, T. 11, n° 71, et T. 21, n°s 328 et 329. — TROPLONG, *Prescript.*, n°s 791 et suiv., et *Hyp.*, n° 886. — TOULLIER, T. 6, n° 527. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 300, et T. 1, pag. 452, n^te 1.

Il s'ensuit encore que, si le créancier est un mineur contre lequel la prescription ne peut courir (2251), et que la condition vienne à s'accomplir, tout le temps écoulé, *pendente conditione*, ne comptera pas pour la prescription. Le mineur étant alors réputé avoir été propriétaire, dès le moment où l'acte qui lui confère ses droits a pu produire ses effets, c'est contre lui que la prescription a dû courir, et non contre le précédent propriétaire. La prescription ne courant elle-même que sous ses conditions légales d'interruption ou de suspension, a été conséquemment suspendue par la minorité du créancier, que la loi considère, à raison de cet état, comme incapable de veiller à la conservation de ses droits personnels (2).

Vice versâ, si le créancier était majeur et que le débiteur fût mineur, la condition venant à s'accomplir, et le créancier étant, par suite de son effet rétroactif, censé propriétaire *ab initio*, la prescription se sera accomplie contre lui, sans qu'elle ait été suspendue par la minorité du débiteur conditionnel.

17. Les hypothèques, les servitudes, les aliénations, en un mot, tous les droits réels volontairement consentis par le débiteur, *pendente conditione*, s'évanouissent et sont réputés non avenus ; tandis, au contraire, que les mêmes droits concédés par le créancier sont purifiés par l'accomplissement de la condition, et valables dès le principe, comme s'il avait toujours été propriétaire. Les actes de disposition, consentis par l'un ou par l'autre, suivent ainsi toutes les chances de la condition.

18. Si le créancier a pris inscription hypothécaire pour sûreté d'une créance conditionnelle, pendant qu'elle était suspendue par la condition, la condition venant à s'accomplir, il prime les autres créanciers qui ont pris postérieurement inscription pour une créance pure et simple, même avant l'accomplissement de la condition à laquelle était soumise la créance antérieurement inscrite.

19. Le créancier conditionnel, en se mariant avant l'échéance

(2) DURANTON, T. 9, n° 312.

de la condition, a exclus de la communauté ses biens présents; la chose dont il est actuellement créancier, et qui lui advient plus tard durant le mariage, par l'accomplissement de la condition, ne tombera point dans la communauté. Il est censé en être propriétaire dès le principe, et l'avoir comprise dans l'exclusion de la communauté, à ce titre de biens présents, quoique son titre de propriété fût d'un effet incertain et éventuel (1).

Que si le créancier conditionnel avait formé une société de biens présents, et que la condition s'accomplit durant la société, la chose due conditionnellement au moment du contrat serait comprise dans les choses sociales. La rétroactivité de la condition accomplie la fait considérer comme biens présents (2).

20. Quant aux actes d'administration, le créancier doit les exécuter et les entretenir, comme s'il les avait consentis lui-même. Cette obligation résulte pour lui de ce que le débiteur a, *pendente conditione*, le droit de les consentir. Ainsi, s'il a loué la chose, le créancier devra entretenir le bail après l'échéance de la condition, dans tous les cas où, le débiteur s'étant engagé même purement et simplement, le bail lui serait opposable. Mais il faut que ce bail ait été fait sans fraude, c'est-à-dire sans mauvaise foi de la part du bailleur ni du preneur, sans l'intention méchante de préjudicier aux droits éventuels du créancier.

Quoi qu'il en soit, il suffit que le bail ait été fait sans fraude, quelle qu'en soit la durée. Car on ne peut appliquer à l'exercice des droits du débiteur, en la personne duquel la propriété réside d'une manière absolue jusqu'à l'accomplissement de la condition, les restrictions que la loi impose à l'usufruitier (595) et au mari (1429, 1430), qui n'ont aucun droit même éventuel sur le fonds.

(1) Duranton, t. 9, n° 312.

(2) Toullier, t. 12, n° 179. — Duranton, t. 14, n° 170, et t. 17, n° 353. — Troplong, *Société*, n° 273.

21. Cependant, si les droits concédés au créancier sous condition suspensive consistaient précisément dans un louage, comme le louage, ainsi que nous l'avons démontré (1), confère un droit réel, et que le propriétaire ne peut, après un premier bail, transmettre aux tiers plus de droits qu'il n'en a conservé, le créancier pourrait, à l'échéance de la condition, expulser le preneur dont le bail serait postérieur en date, alors même que ce dernier aurait été mis en possession. La condition accomplie lui donne en effet rétroactivement des droits à la date même de la convention, pourvu d'ailleurs que son titre ait date certaine envers les tiers.

Article 1182.

Lorsque l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'événement de la condition. — Si la chose est entièrement périe sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte. — Si la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution du prix. — Si la chose s'est détériorée par la faute du débiteur, le créancier a le droit ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, avec des dommages et intérêts.

Sommaire.

1. Les risques sont à la charge du débiteur.
2. L'obligation s'évanouit par la perte totale de la chose.
3. Dans les contrats de bienfaisance, les risques sont à la charge du créancier.
4. Les parties peuvent convenir sur ce point à leur volonté.
5. Cette clause peut être implicite. Exemple.
6. Renvoi.

(1) Voy. 1136, n° 10.

7. *Quid*, en cas de perte partielle? Innovation malheureuse.
8. *Quid*, en cas de dégradation ou de perte par la faute du débiteur?
9. Comment s'évaluent les dommages et intérêts?
10. Ils sont dus, soit que le créancier résolve l'obligation, soit qu'il exige la chose.
11. Application remarquable de l'article 1182 aux ventes d'office.
12. Il faut distinguer l'hypothèse de l'article 1182, du cas où l'exécution d'un contrat pur et simple est subordonnée à certaines conditions et formalités.

COMMENTAIRE.

1. A la charge de qui sont les risques de la chose due sous condition suspensive, en attendant que cette condition soit accomplie? A s'en tenir au principe de la rétroactivité, on devrait, en rigoureuse logique, attendre que l'événement prévu fût réalisé ou eût manqué, et décider en conséquence que les risques sont, *pendente conditione*, à la charge du débiteur, si la condition manque, parce qu'alors il est censé n'y avoir jamais eu d'engagement, ou à la charge du créancier, si la condition est accomplie, parce qu'alors l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée. Nous ne voyons même pas en quoi le droit et l'équité en seraient blessés; car, d'une part, la maxime, *res perit domino*, peut fort bien se concilier avec les effets rétroactifs des conditions accomplies; et, d'autre part, le créancier ne saurait se plaindre de la mise des risques à sa charge, au cas où la condition vînt à s'accomplir, puisqu'en stipulant il s'en est rapporté soit au hasard, soit à la volonté du promettant, suivant que la condition était casuelle ou potestative.

Telles ne sont pas cependant les dispositions de l'article 1182. Lorsque l'obligation, dit-il, a été contractée sous une condition suspensive, la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'événement de la condition. Le législateur a pensé que la condition suspensive tenant en suspens les effets de l'obligation, et maintenant la propriété dans les mains du débiteur, ce dernier devait être chargé des risques survenus, *pendente conditione*, en vertu de la règle, *res perit domino*. Il a pensé que, si avant l'accomplissement de la condition la chose

venait à périr en totalité par cas fortuit, la convention tombait dans un cas où elle n'aurait pu naître, *à quo incipere non potuisset;* qu'elle ne pouvait, par suite, recevoir rétroactivement sa perfection de l'accomplissement de la condition, au moment même où elle avait commencé à devenir sans objet. Voilà les raisons sur lesquelles sont fondées les dispositions de l'article 1182. C'est une véritable exception aux effets rétroactifs des conditions accomplies.

Telles étaient au surplus les règles du droit romain et de notre ancienne jurisprudence. L'extinction totale de la chose due sous condition suspensive faisait considérer la convention comme non avenue. *Stipulationes perimuntur, si, pendente conditione, res extincta fuerit* (1). Pothier disait enfin (2) « la perte totale de la chose porte sur le vendeur. Car la condition qui existerait après la perte totale de la chose ne peut pas confirmer la vente de ce qui n'est plus (3). » L'article 1182 dit donc aussi que si la chose est entièrement périe, sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte.

Nous reprendrons toutefois cette dernière expression comme peu exacte. On ne peut pas dire que l'obligation soit éteinte, puisque étant toujours tenue en suspens, elle n'est pas même née (4).

2. De ce que la convention s'évanouit lorsque la chose est périe en totalité, avant l'accomplissement de la condition, il en résulte tout naturellement que le débiteur de la chose ne peut réclamer l'exécution de l'obligation contractée à son profit. Cette obligation est sans cause, comme la sienne sans objet.

3. Dans les contrats de bienfaisance, les risques survenus, *pendente conditione*, sont effectivement à la charge du créan-

(1) L. 3, *ff. De per. et comm. rei vend.*

(2) *Vente*, n° 311.

(3) Voy. POTHIER, *Oblig.*, n° 219. — DURANTON, T. 11, n° 76. — TOULLIER, T. 6, n° 538.

(4) TOULLIER, T. 6, n° 538. — DELVINCOURT, T. 2, pag. 698. — DURANTON, T. 11, n° 72. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 300, n^{tes} 26 et 29.

cier, par la force même des choses; car, n'ayant lui-même rien à payer, la perte de la chose est pour lui un dommage sans compensation.

4. Il est incontestable que le débiteur peut, par une clause expresse, mettre à la charge du créancier les risques de la chose, soit qu'elle périsse en totalité ou en partie, ou telle espèce de risques spécialement déterminés.

5. Cette clause peut même être implicite, et résulter de l'ensemble et de la nature de la convention. Par exemple, je vous vends ma maison vingt-cinq mille francs, sous cette condition suspensive, si le prix n'est pas trouvé exagéré par telle personne, eu égard à la consistance et à l'état de la chose au moment du contrat. Il est manifeste que, faisant abstraction des dégradations et de la perte survenues depuis le marché, j'ai mis tous les risques à la charge de l'acquéreur, pour le cas où l'expert convenu ne trouverait pas le prix exagéré. J'ai par là suffisamment montré que je n'entendais pas avoir à m'inquiéter des risques ultérieurs de ma maison.

Autre hypothèse : je vous vends tel domaine; mais il est expliqué qu'il n'appartiendra qu'à moi de me prévaloir de l'inaccomplissement de la condition, de telle sorte que j'aurai le droit de considérer, à mon choix, la convention comme non avenue si la condition manque, ou comme pure et simple dès à présent, soit que la condition manque ou qu'elle arrive. Les risques sont alors mis à la charge de l'acquéreur, en ce sens que le débiteur de la chose, c'est-à-dire le vendeur, n'aura, pour échapper aux risques, qu'à user de la faculté qu'il s'est réservée. Ce sera lui, et non plus le créancier, qui pourra opter entre la nullité de l'obligation et la délivrance de la chose dans l'état où elle se trouve. Et il est clair qu'il aura soin d'exercer cette faculté dans le sens de son plus grand avantage. Il ne manquera pas, en cas de perte totale ou partielle de la chose, de considérer la convention comme pure et simple, à l'égard de l'acquéreur ; ce qu'elle est en réalité.

6. Comme nous avons examiné sous l'article 1138 (1), plusieurs cas de conventions faites sous condition suspensive, précisément sous le rapport de la charge des risques, sans entrer ici dans de plus longs développements, nous nous bornons à y renvoyer le lecteur.

7. Arrivons au cas où la chose, au lieu d'être totalement périe, est simplement détériorée. Nous avons à signaler sur ce point une innovation du Code Napoléon. « Si la chose, dit l'article 1182, s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve sans diminution du prix. » Il y a eu un concert de critiques contre cette malheureuse disposition, trop favorable au créancier, injuste envers le débiteur (2). Il est certain qu'elle est contraire à la logique, en ce que les détériorations de la chose ne l'empêchent pas d'être une cause et une matière telles quelles de l'obligation; contraire à l'équité, en ce qu'elle fait profiter le créancier des améliorations intrinsèques, sans le faire souffrir des dégradations. Il serait donc juste d'appliquer ici le principe de la rétroactivité, pour faire supporter au créancier les risques de perte partielle de la chose.

Combien nous préférons les dispositions du droit romain, et les règles suivies par notre ancienne jurisprudence! *Sanè si extet res et deterior facta, potest dici periculum esse emptoris* (3). « Que si la chose existe au temps de l'accomplissement de la condition, dit Pothier (4), l'accomplissement de la condition a cet effet, que la chose est due en l'état où elle se trouve; le créancier profite de l'augmentation survenue en la chose, si elle est augmentée; et il souffre de la détérioration et diminution qui y est survenue, pourvu que cela soit arrivé

(1) Nos 32 et suiv.

(2) TOULLIER, T. 6, n° 538. — DELVINCOURT, T. 2, pag. 698. — DURANTON, T. 11, n° 80. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 302, nte 38.

(3) L. 8, *ff. De per. et comm. rei vend.*

(4) *Oblig.*, n° 219.

sans la faute du débiteur. » Voilà ce qu'enseignent la raison et l'équité.

Quoi qu'il en soit, la disposition existe, et elle s'applique non seulement aux conditions suspensives expresses et formelles, mais encore aux conditions virtuelles et implicites, *quæ insunt, quæ inhærent*, telles que celles qui affectent les obligations dont l'objet consiste dans une chose future, et qui, à vrai dire, constituent, sous d'autres rapports, des engagements à terme aussi bien que sous condition.

Il est encore heureux que l'article 1182 n'ait pas autorisé le créancier qui préfère s'en tenir au contrat, à demander une diminution du prix, en raison des dégradations, comme au cas de l'article 1601. Mais il y avait de bonnes raisons pour lui refuser ce droit; c'est qu'alors le contrat étant maintenu et la condition accomplie, il est impossible d'éluder le principe de la rétroactivité; c'est que le droit d'option réservé au créancier le garantit plus que suffisamment contre tout préjudice, et qu'enfin, dans le cas de l'article 1601, il s'agit de dégradations antérieures au contrat et servant ainsi de base à un recours en garantie, puisqu'elles sont survenues dans un temps où elles étaient restées, comme conséquence de son droit de propriété, aux risques et périls du vendeur.

Dans le cas même où les détériorations de la chose promise sous condition suspensive seraient de peu d'importance, eu égard à la chose considérée dans son ensemble, le créancier pourrait encore demander la résolution de l'obligation, sans que le débiteur fût en droit de lui objecter qu'il aurait néanmoins contracté, malgré l'existence connue de ces détériorations. L'article 1182 contient en effet des dispositions absolues qui n'admettent aucune distinction; et il convient de ne pas transporter ici les articles 1601, 1636 et 1638, qui prévoient des hypothèses différentes (1). De même que le créancier ne peut contraindre le débiteur à lui livrer la chose avec diminution du prix, réciproquement il ne peut être contraint à en

(1) *Contrà*, DURANTON, T. 16, n° 65.

prendre délivrance et à entretenir la convention, sous la même condition de dédommagement ou de diminution du prix. A la différence de l'article 1182, c'est ce droit réciproque que consacrent les articles 1601, 1636 et suivants.

Mais il faut au moins que les détériorations survenues soient juridiquement appréciables; et dans cette appréciation, il est encore équitable et juste de tenir compte, pour les compenser avec les détériorations survenues, des améliorations qui d'ailleurs auraient été produites.

8. Après avoir parlé des pertes et des dégradations par cas fortuits, l'article 1182 ajoute que si la chose s'est détériorée par la faute du débiteur, le créancier a le droit ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, avec des dommages et intérêts.

Si la chose était totalement périe par la faute du débiteur, le créancier pourrait de même exiger des dommages et intérêts. Ceci est de droit et d'équité; et si la loi ne parle que de dégradations, c'est qu'elle avait à s'occuper d'une faculté d'option qui n'existe plus en cas de perte totale.

9. Quant à l'évaluation qu'il convient alors de faire des dommages et intérêts, le préjudice causé au créancier consiste dans la différence qui existe entre la valeur de la chose au moment où la condition est accomplie, et celle qu'elle aurait à la même époque, si elle n'avait pas été détériorée (1). Nous disons qu'on doit comparer cette double évaluation, en prenant pour point de départ le moment où la condition se réalise. C'est en effet à ce moment-là que la chose est due. Or, si le créancier a été mis en possession à cette époque, il a d'abord la chose en l'état où elle se trouve, et de plus un supplément en argent qui compense la détérioration survenue par la faute du débiteur. S'il n'a pas été mis en possession à l'époque de l'exigibilité, il a sans doute droit, pour le retard, à d'autres dommages et intérêts; mais il ne faut pas les con-

(1) Toullier, t. 6, n° 540.

fondre avec ceux qui lui sont dus d'ailleurs pour dégradations imputables.

Je vous vends ma maison, et la dégrade, *pendente conditione*. La condition se réalise; mais la maison qui aurait valu, au moment de la condition accomplie, trente mille francs, n'en vaut que vingt-cinq mille. Je vous dois donc cinq mille francs de dommages et intérêts. Que si je ne vous livre pas ma maison aussitôt que la condition est accomplie, voilà un autre principe d'autres dommages et intérêts que vous pourrez poursuivre, mais sans les confondre avec les premiers. La cause de ces dommages et intérêts étant différente, leur évaluation et leur poursuite doivent se faire séparément, quoique par la même instance.

10. Les dommages et intérêts sont dus au créancier, soit qu'il résolve l'obligation, soit qu'il exige la chose. Ces mots, avec dommages et intérêts, se réfèrent à chaque membre de l'alternative. Si on ne les appliquait qu'au dernier, il en résulterait que, au cas où le créancier opterait pour la résolution, il n'aurait droit à aucune indemnité. La bonne foi qui doit présider à l'exécution du contrat s'y oppose. Il est contraire à l'équité et à la loi, que le débiteur puisse se dégager de ses obligations, en amenant indirectement le créancier à opter pour une résolution devenue nécessaire par les dégradations qu'il a commises.

La faute dont parle ici l'article 1182 doit s'entendre de l'omission des soins que la loi exige, suivant l'espèce et la nature du contrat, ainsi que nous l'avons expliqué dans notre commentaire de l'article 1137.

11. La révolution, si imprévue, du 24 février 1848, a été l'occasion de l'application de l'article 1182 à un cas fort remarquable. Il y avait, lorsqu'elle s'accomplit, une foule de traités portant cession d'offices, qui n'avaient encore reçu aucune consécration. En présence des attaques dirigées contre toute espèce de propriété, et surtout contre la propriété des offices, au milieu des désordres inhérents à toute révolution, et par-

ticulièrement à celle qui venait d'éclater, le ministre de la justice, sous le gouvernement provisoire, demanda le 11 mars, par une circulaire adressée aux procureurs généraux, si les parties entendaient persister dans leurs traités, ou si leur intention était, au contraire, de les modifier. Presque tous les cessionnaires déclarèrent qu'ils n'entendaient traiter que sous de nouvelles conditions, et le gouvernement eut la sagesse de ne donner dès lors aucune suite aux traités. Question de savoir si ces cessionnaires n'étaient point passibles de dommages et intérêts. Controversée devant les Cours, cette question a été résolue négativement par la Cour de cassation (1), par la raison que tout traité de transmission d'office est conditionnel, et que le refus de nomination de la part du gouvernement le fait de plein droit réputer non avenu.

12. Il ne faut pas confondre avec l'hypothèse prévue par l'article 1182, le cas où le contrat étant d'ailleurs pur et simple, son exécution est subordonnée à l'accomplissement préalable de certaines conditions et formalités. On rentre alors pleinement dans l'application de la maxime, que les risques sont attachés à la propriété.

Par exemple, je vous vends ou j'échange avec vous une propriété ; mais il est convenu que vous ne prendrez possession de la chose vendue ou donnée en échange, que lorsque vous m'aurez fourni une caution suffisante, une hypothèque sur des biens libres, ou justifié que vous êtes bien propriétaire de la chose que vous m'abandonnez en contre-échange. Si la chose vient à périr, sans ma faute, dans l'intervalle, elle sera périe à votre compte, parce que le contrat vous en a par lui-même transféré la propriété, et que les conditions à l'accomplissement desquelles son exécution de ma part est subordonnée ne lui donnent aucun caractère conditionnel proprement dit.

Nous ferons une observation analogue pour le cas où le contrat étant pur et simple, le promettant ne s'est engagé à

(1) Cass., 14 et 26 mai 1851. SIREY, 51, 1, 417.

payer la somme promise, qu'après l'accomplissement de certaines formalités ou la prestation de certaines garanties. Ce n'est pas par les dispositions de l'article 1182, mais bien par les principes ordinaires du droit commun, que la question des risques doit être résolue. Ainsi, je conviens dans un acte de remplacement militaire, que je ne vous payerai que lorsque vous aurez justifié que le remplaçant est resté au corps pendant l'année de garantie; et je dépose le prix entre les mains d'un tiers. Il périra pour moi, parce que j'en suis resté propriétaire (1), à moins que vous ne soyez censé avoir pris à votre compte les risques de la somme, en me désignant vous-même le dépositaire pour votre intérêt et votre commodité personnelle.

La perte en serait également pour vous si, m'ayant donné quittance, vous aviez fait faire le dépôt entre les mains d'un tiers, pour mieux m'assurer, le cas échéant, le remboursement de la somme payée.

Tel est encore le cas où, vous prêtant une somme d'argent, je conviens qu'elle restera entre les mains du notaire, jusqu'à ce que vous ayez fourni caution ou bonne hypothèque. La chose périra pour moi. Mais elle périrait pour vous, si les stipulations du contrat indiquaient que j'ai voulu me décharger tout de suite des risques, et vous constituer d'ores et déjà propriétaire de la somme, quoique non livrée en vos mains, par exemple, en stipulant que vous me payerez les intérêts du jour même de la rédaction de l'acte (2).

On comprend sans peine combien nous sommes éloigné de l'hypothèse de l'article 1182.

§ III. *De la condition résolutoire.*

ARTICLE 1183.

La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'ac-

(1) Caen, 3 mars 1849. SIREY, 52, 1, 99.
(2) Amiens, 7 déc. 1836. SIREY, 52, 1, 99, en note.

complit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé.—Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation; elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive.

Sommaire.

1. Définition par ses effets de la condition résolutoire.
2. Exactitude de cette définition.
3. La condition résolutoire ne suspend point l'exécution.
4. Conséquences.
5. Suites. Exception en cas de vente sous faculté de rachat.
6. Le créancier couvre toutes les actions relatives à la chose.
7. Le partage fait avec lui est obligatoire.
8. Ainsi du partage fait avec celui qui a aliéné sous condition suspensive.
9. L'article 1667 est spécial à la vente avec faculté de rachat.
10. Jugements rendus avec le débiteur.
11. Quand le créancier cesse de couvrir les actions.
12. Il commence à prescrire à la date de son titre.
13. Il peut opposer le bénéfice de discussion.
14. Il peut interrompre la prescription.
15. Il est capable de tous les actes d'administration.
16. La résolution anéantit les actes de disposition.
17. Les aliénations s'évanouissent.
18. Le vendeur sous faculté de rachat peut hypothéquer. Comment.
19. Comment la chose peut être dégrevée, *pendente conditione*.
20. Le tiers-détenteur prescrit les hypothèques.
21. Il peut purger. Distinction sur les effets de la purge.
22. Suite.
23. L'acquéreur qui a payé son prix, en suite de la purge, aux créanciers hypothécaires leur est subrogé de droit.
24. *Quid*, si le vendeur cède ses droits sur la chose purgée *pendente conditione*.
25. Quand l'hypothèque consentie, *pendente conditione*, se consolide. Conséquences.
26. Influence de la résolution sur les poursuites hypothécaires commencées antérieurement.
27. Suite.
28. Le tiers-détenteur peut délaisser.
29. Effet rétroactif de la condition accomplie.
30. Comment et envers qui court la prescription.

31. Exception, quand la chose n'est pas exigible.
32. De la jonction des possessions,
33. Qui peut invoquer les causes de suspension de prescription?
34. Conséquences de l'effet rétroactif quant aux qualités de la chose.
35. Renvoi.
36. La condition résolutoire opère de plein droit.
37. Conséquences à l'égard des tiers.
38. Suite.
39. Suite, par rapport à la condition qui n'opère pas de de plein droit.
40, Observation.
41. Le tout, sans préjudice des conventions faites entre les parties.
42. Des modifications préjudiciables aux tiers.
43. Les parties sont remises au même état qu'avant la convention.
44. Elles peuvent régler par prévision les restitutions à se faire entre elles.
45. Des accessoires. Des fruits.
46. Suite, en cas de résolution pour défaut de payement.
47. Outre les fruits restitués, les juges peuvent prononcer des dommages et intérêts.
48. Ils peuvent compenser les intérêts d'un côté avec les fruits de l'autre,
49. A moins qu'aucuns fruits n'aient été perçus,
50. Ou aucuns intérêts touchés.
51. Si le capital est seul restituable, les intérêts ne courent qu'en vertu d'une demande.
52. Des frais et loyaux coûts de l'acte et de la résolution.
53. Les servitudes renaissent activement et passivement.
54. A qui profite l'alluvion,
55. Le Trésor.
56. Des choses incorporées à l'objet principal.
57. Des améliorations et impenses.
58. Des constructions et plantations.
59. Du droit de rétention exercé par la partie qui doit restituer.
60. Le détenteur doit, *pendente conditione*, veiller à la conservation de la chose.
61. *Quid*, si la chose est diminuée de valeur par son seul usage?
62. Ou par l'action du temps et de la force majeure?
63. Des risques, *pendente conditione*.
64. Des risques, quand le débiteur peut à sa volonté se prévaloir ou non de la résolution.
65. Des risques, en cas de nullité et de rescision.
66. Exception, quand la chose atteinte d'un vice rédhibitoire est péric.
67. Cas où les risques sont, par voie de dommages et intérêts, à la charge de celui qui restitue la chose.
68. Les parties peuvent modifier les effets rétroactifs de la condition.

69. Résolution *ex tunc* et *ex nunc*. Exemples.
70. En cas de réméré, les fruits restent à l'acquéreur.
71. Comment se restituent les fruits pendants lors du rachat.
72. Dans les contrats successifs, la résolution vaut résiliation.
73. La nullité, la rescision ont, comme la résolution, un effet rétroactif,
74. Même dans les contrats successifs.
75. Comment alors les faits accomplis se liquident,
76. Pourvu que l'acte ne blesse point les bonnes mœurs,
77. Et que l'objet ne soit point indisponible.
78. Si la société est annulée pour répartition illégale du gain et de la perte, il faut, pour le passé, s'en tenir aux règles du droit. Renvoi.
79. Du terme résolutoire.

COMMENTAIRE.

1. Le législateur définit ici la condition résolutoire par ses seuls effets. « La condition résolutoire, dit l'article 1183, est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation ; elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'évènement prévu par la condition arrive. » Cet article contient toute la théorie de la condition résolutoire. Déjà l'article 1168 avait dit que l'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un évènement futur et incertain, en la résiliant, selon que l'évènement arrivera ou n'arrivera pas. Elle est alors soumise à une condition résolutoire.

2. La définition qu'en donne l'article 1183 vaut incontestablement mieux que celle que l'article 1181 donne de la condition suspensive. Nous avons en effet montré plus haut combien la définition de cette dernière condition est inexacte et imparfaite. L'article 1183 maintient, au contraire, dans toute leur pureté, les principes du droit en matière de condition. Ainsi, le législateur ne dit point de la condition résolutoire ce qu'il a dit de la condition suspensive, qu'elle peut dépendre d'un évènement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties. Si la résolution de l'obligation pouvait être subor-

donnée à un évènement actuellement arrivé, en réalité il n'y aurait pas de condition résolutoire. L'obligation n'aurait même jamais eu la moindre existence, puisqu'elle ne serait née que pour être immédiatement frappée de mort.

3. Supposons donc un évènement futur et incertain, tel qu'il convient à l'essence de toute condition proprement dite. Nous avons alors à examiner avant tout quels sont, *pendente conditione*, les droits et les obligations du débiteur, les droits et les obligations du créancier.

La condition résolutoire ne suspend point l'exécution de l'obligation (1183). Nous n'avons qu'à développer les conséquences de ce principe.

Il en résulte que le débiteur doit livrer la chose immédiatement, comme si l'obligation était pure et simple, sans préjudice toutefois du terme qui aurait été stipulé en outre de la condition résolutoire. Puisque en effet l'exécution de son engagement n'est point suspendue, elle doit provisoirement être accomplie, sauf résolution ultérieure, si la condition se réalise.

4. Tout au contraire de ce qui a lieu en cas de condition suspensive, l'obligation contractée sous une condition résolutoire a, *pendente conditione*, une force juridique pleine et entière. Le créancier a les mêmes droits, peut exercer les mêmes actions que si l'obligation était pure et simple.

Si, par erreur, il restituait la chose au débiteur avant l'accomplissement de la condition résolutoire, il aurait la répétition de l'indû.

C'est sur sa tête que désormais la propriété réside dans toute sa plénitude, sauf résolution. Il jouit, il administre, il possède. Le débiteur est-il indûment possesseur, il peut revendiquer la chose contre lui; est-il fermier, il touche les fermages, comme s'il s'agissait de la possession d'un tiers étranger.

Il a, comme propriétaire, qualité pour intenter toutes les actions tant pétitoires que possessoires qu'il pourrait exercer, en supposant qu'il eût acquis des droits purs et simples, mais

sauf les effets de la condition résolutoire relativement au débiteur.

5. Par exception cependant, l'acquéreur à pacte de rachat, véritable condition résolutoire potestative, ne peut user de la faculté d'expulser le preneur jusqu'à ce que, par l'expiration du délai fixé pour le réméré, il devienne propriétaire incommutable (1751). Le législateur n'a point voulu que l'acquéreur expulsât le preneur, tant qu'il pouvait lui-même être évincé par le vendeur à l'égard duquel le bail était obligatoire.

L'article 1751 ne faisant aucune distinction, est applicable tout aussi bien au cas où le bail est sans date certaine, qu'à celui où, le bail étant authentique, la faculté d'expulsion y a été expressément stipulée (1).

Mais comme cette disposition est exceptionnelle, il ne faut pas l'appliquer aux autres cas de conditions résolutoires. Le rachat est en effet une condition résolutoire dont la stipulation même rend l'accomplissement infiniment probable, tandis que les autres conditions n'offrent pas les mêmes probabilités quant à leur évènement. Les mêmes raisons n'existent donc point de les placer hors des règles du droit commun. Ainsi, elles n'empêcheront pas l'expulsion du preneur.

6. De même qu'il peut intenter toutes actions, de même aussi le créancier sous condition résolutoire peut y défendre. Il est, à l'égard des tiers, contradicteur légitime et nécessaire. Il couvre, par rapport à eux, mais sauf les effets de la résolution, tant activement que passivement, toutes les actions relatives à la chose. Le débiteur n'a alors qu'une chose à faire, qu'un droit à exercer ; c'est de veiller à la sûreté de ses intérêts éventuels, en cas de résolution, au moyen des actes conservatoires que la loi lui donne la faculté d'accomplir, sauf son droit de repousser la chose jugée, si elle lui nuit et s'il n'a été partie dans l'instance, après l'accomplissement de la condition résolutoire (2).

(1) TROPLONG, *Louage*, n° 525. — DURANTON, T. 17, n° 154.
(2) Voy. 1351, n° 113.

7. Mais le créancier a-t-il acquis sous condition résolutoire une quote-part dans une chose indivise, il peut intenter l'action en partage, comme il peut y défendre; et ce partage sera obligatoire et exécutoire vis-à-vis du débiteur lui-même, en cas que la condition vienne à s'accomplir. Du moment en effet que son droit de propriété le présente à ses consorts comme leur contradicteur nécessaire dans toutes les actions relatives à la chose, il suit que le partage est régulièrement poursuivi et ordonné avec lui, soit qu'il y figure comme demandeur ou défendeur, et que cet acte oblige le débiteur, après l'accomplissement de la condition résolutoire, comme il oblige le créancier, en cas que cette condition soit défaillie. Car son maintien envers le débiteur ne répugne point aux effets de la condition résolutoire, ainsi que nous l'établirons bientôt.

Le partage amiablement fait avec le créancier qui n'a acquis que sous condition résolutoire, nous paraît de même tout aussi obligatoire que le partage judiciaire, à l'égard du débiteur qui a repris la chose par l'effet de la résolution. Comme nul ne peut être contraint de rester dans l'indivision, si le créancier n'avait pas qualité pour consentir un partage amiable, on imposerait ainsi aux copropriétaires dans l'indivision la nécessité d'un procès, ce qui n'est guère dans les vues du législateur, ni en rapport avec l'intérêt public. Que le partage judiciaire semble présenter plus de garanties d'égalité dans la composition des lots qu'un partage amiablement consommé par les parties, là question n'est pas là. Car, si l'acquéreur sous condition résolutoire d'une quote-part indivise peut valablement intenter l'action en partage et y défendre, et si ce partage est obligatoire pour le débiteur, après l'évènement de la condition, ce n'est pas à cause des formes et des solennités avec lesquelles il a été accompli; c'est à cause du droit qui résulte pour lui de son titre, de couvrir toutes les actions actives et passives relatives à la chose. Or ce droit, inhérent à sa propriété actuellement pleine et entière, quoique résoluble, n'est pas subordonné dans son exercice à des formes plus ou moins solennelles. Il est, ou n'est pas : s'il n'est pas, le

partage judiciaire ne vaudra pas mieux qu'un partage amiable; s'il est, le partage amiable vaudra tout autant qu'un partage judiciaire. Car la validité de l'un et de l'autre se fonde sur un droit identique, dont l'exercice peut se manifester par des actes différents, mais compatibles avec les effets de la condition résolutoire, sans qu'au fond il en éprouve la moindre altération dans sa plénitude et sa pureté.

En vain voudrait-on assimiler un partage aux actes de disposition, et prétendre en conséquence que le débiteur rentré dans ses droits par l'effet de la résolution, peut le faire révoquer comme il peut faire révoquer les autres. La nature du partage répugne à cette assimilation et à cette conséquence. Dans le partage, aucun des copartageants ne dispose; il ne fait que préciser et déterminer, en l'individualisant, le droit général et indivis qu'il avait sur chaque partie et sur le total de la chose placée dans l'indivision. Pour un droit confus et indéterminé, il s'en fait attribuer un privatif et exclusif sur une chose certaine. Il n'aliène absolument rien, puisqu'il prend ce qu'il retire du partage, à titre de lot, à titre de part, et qu'il est même censé n'avoir jamais eu que cela. Ce qui distingue, au surplus, le partage des actes de disposition, c'est sa nécessité. Dispose qui veut; mais on est contraint au partage; de telle sorte que chaque copartageant tient son lot, autant du droit qu'il a lui-même de sortir de l'indivision, que du droit qu'a son consort de provoquer un partage amiable ou judiciaire. Celui en faveur duquel un acte de disposition a été consenti ne peut invoquer, au contraire, d'autres droits que ceux du disposant; et voilà pourquoi ils s'évanouissent avec ceux de son auteur.

L'article 1667 nous fournit lui-même un argument décisif en faveur de notre opinion. Il dispose en effet que, si l'acquéreur à pacte de réméré d'une partie indivise d'un héritage s'est rendu adjudicataire de la totalité sur une licitation provoquée contre lui, il peut obliger le vendeur à retirer le tout, lorsque celui-ci veut user du pacte. La faveur qu'il accorde ainsi à l'acquéreur suppose nécessairement le maintien de la

licitation, c'est-à-dire du partage. Or, les mêmes raisons commandent le maintien de cet acte, après la résolution des droits de l'acquéreur sous toute autre condition résolutoire ; et nous ajoutons, même après leur annulation ou rescision pour un vice quelconque.

Quand nous parlons d'acte de partage, nous entendons par là tout acte en tenant lieu, comme faisant cesser l'indivision entre toutes parties. Il importe même peu que les objets indivis aient été ou non commodément et sans perte partageables en nature. Cette circonstance est indifférente pour caractériser l'acte, qui équivaut alors à une licitation volontaire.

Après tout, le débiteur sous condition résolutoire peut intervenir dans l'instance en partage, ou s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de sa présence, pour éviter qu'il ne soit fait en fraude de ses droits (882). Ce sont des actes purement conservatoires qu'il a le droit d'exercer, et qui sont une suffisante garantie contre le préjudice dont il pourrait être victime, en cas que la condition résolutoire vînt à s'accomplir.

Il y aurait sans doute un autre moyen ; ce serait d'obliger le demandeur en partage d'appeler en cause celui qui a transmis ses droits sous condition résolutoire, afin que le jugement à intervenir fût commun avec lui. Mais la nécessité prétendue de cet appel en cause suppose nécessairement que le créancier sous condition résolutoire n'a pas qualité suffisante, soit pour demander le partage, soit pour y défendre. Or, ce défaut de qualité n'existe pas, puisque son droit actuel de propriété en fait un contradicteur légitime et obligé, et que le maintien du partage se concilie avec les effets de la condition résolutoire. Il suffit parfaitement comme demandeur ou défendeur; nulle nécessité dès lors de mettre en cause celui de qui il tient ses droits, et qui mieux que tout autre est juge de l'intérêt d'une opposition ou d'une intervention de sa part. Ainsi, les copropriétaires qui veulent sortir de l'indivision, n'auront à examiner son titre que sous le rapport des droits qu'il lui confère actuellement, sans s'inquiéter de savoir si la condition résolutoire est encore pendante, par exemple, s'il n'a acheté que

sous faculté de rachat, ou s'il n'a pas encore payé son prix, ce qui constitue une condition résolutoire tacite. La résolution ultérieure n'exercera aucune action irritante sur le partage consommé, sauf les cas de fraude caractérisée (1167).

Cependant, comme le créancier n'a de droits que suivant son titre, et que les copropriétaires demandeurs ou défendeurs dans l'action en partage doivent consulter son titre pour s'assurer de sa qualité, si le débiteur sous condition résolutoire lui avait interdit le droit d'exercer seul l'action en partage, ou d'y répondre seul, le demandeur, quel qu'il fût, devrait, pour la régularité de l'instance, appeler en cause le débiteur, afin que le jugement fût commun avec lui. Autrement, le partage ainsi consommé avec un tiers sans qualité, pourrait être révoqué sur la poursuite du débiteur rentré plus tard dans ses droits, par l'effet de la condition résolutoire.

Quand nous disons que le partage amiable ou judiciaire, fait avec celui auquel des droits ont été transmis sous condition résolutoire est opposable à son auteur, après l'évènement de la condition, nous n'entendons parler que de l'acte constituant, à titre de partage ou de licitation, la division matérielle des biens. Si donc préalablement à cette opération qui fait cesser l'indivision, les juges avaient statué, ou les parties convenu entre elles, soit sur la quotité de leurs parts respectives, soit sur la consistance des biens indivis, ce jugement ou cette convention ne pourraient être opposés, après l'évènement de la condition, au promettant aux droits duquel ils préjudicient; et si, sur sa demande, ils étaient rétractés par rapport à lui, le partage lui-même cesserait de lui être opposable. S'agissant en effet de choses ou de droits dont son ayant-cause ne pouvait disposer à son préjudice, il n'a point été légalement représenté ni dans le jugement, ni dans la convention. Sous ce rapport donc, il est toujours utile de l'appeler en cause ou de le faire intervenir au contrat, afin qu'y ayant été partie, il ne puisse élever plus tard aucune contestation concernant la fixation des quoteparts ou la consistance de biens à partager.

Telle est enfin la différence qui distingue sa situation de celle de son ayant-cause, que ce dernier est légitime contradicteur dans l'instance en partage, à cause des effets actuels du contrat ou de la disposition, et qu'il n'a pas, au contraire, la même qualité ni les mêmes pouvoirs pendant que la condition est en suspens. Le partage qui serait fait contradictoirement avec lui, ne serait donc pas opposable réciproquement à son ayant-cause, alors du moins que ce dernier a notifié son titre d'acquisition aux autres copropriétaires.

8. Ce que nous venons de dire s'applique au partage consommé avec celui qui a aliéné sa part indivise sous condition suspensive, tant que la condition n'est pas encore accomplie. Débiteur sous condition suspensive, il se trouve en effet, par contre, dans la même situation qu'un créancier sous condition résolutoire, et il reste investi, à un degré même plus éminent, du droit de couvrir les actions concernant la chose.

Cependant, comme il se présente d'emblée aux tiers comme ayant qualité pour intenter l'action en partage ou pour y défendre, ils n'ont pas à lui demander la production du titre conditionnel qu'il a consenti à son acquéreur. Il importerait donc peu que celui-ci lui eût interdit dans l'acte le droit d'agir seul et sans l'appeler dans l'instance en partage, si d'ailleurs toutes les autres parties n'avaient été de mauvaise foi, c'est-à-dire connu d'une manière ou d'une autre cette clause d'interdiction. Cette défense équivaudrait alors à une opposition signifiée, au préjudice de laquelle le partage ne pourrait avoir lieu. Si quelques-unes des parties seulement avaient été de mauvaise foi, comme alors le partage serait néanmoins maintenu, à raison de son indivisibilité et de la bonne foi des autres, l'acquéreur sous condition suspensive ne pourrait, après l'événement de la condition, intenter qu'une action en dommages et intérêts, contre celles des parties qui auraient été de mauvaise foi, et auraient consommé sciemment et frauduleusement le partage à son préjudice.

9. Les dispositions de l'article 1667, en ce qu'elles donnent

à l'acquéreur d'une part indivise sous faculté de rachat, qui est devenu adjudicataire de la totalité sur une licitation provoquée contre lui, le droit d'obliger le vendeur à retirer le tout, ces dispositions contiennent une faveur spéciale à l'acquéreur sous clause de rachat. Elles sont une exception aux règles relatives aux conditions résolutoires, par suite desquelles l'ancien propriétaire ne peut reprendre, et être contraint de reprendre que la chose même qu'il avait conditionnellement aliénée. Il faut donc en restreindre l'application au seul cas déterminé. Celui qui rachète témoigne d'ailleurs de son affection pour la chose, ce qui fait présumer qu'il se fût lui-même rendu adjudicataire. Partant de cette idée, la loi autorise l'acquéreur à exiger le rachat du tout, pour éviter les inconvénients d'une nouvelle indivision. Cette raison ne saurait exister en cas de toute autre condition résolutoire. Hors le cas de la faculté de rachat, celui qui aura aliéné une portion d'une chose indivise ne pourra donc rentrer que dans les droits qu'il avait aliénés, de telle sorte qu'il retombera dans l'indivision avec son acquéreur qui sera devenu adjudicataire, *pendente conditione*.

Pour en revenir aux dispositions de l'article 1667, nous ferons d'abord remarquer que l'acquéreur seul a le droit d'obliger le vendeur à retirer le tout, lorsqu'il use du pacte de rachat, sans que celui-ci puisse, malgré l'acquéreur, exercer le retrait de la totalité; et ensuite, que cette faveur n'existe que lorsque la licitation a été provoquée contre lui, parce qu'alors il a été contraint d'en subir les conséquences, en se portant lui-même adjudicataire (1). Et par licitation provoquée, nous entendons une demande en partage; car toute demande en partage peut conduire à une licitation, suivant la nature des biens. Ainsi, il suffit qu'il n'ait pas été demandeur en partage, qu'il ait été défendeur à l'action, quand même il aurait conclu lui-même à la licitation, ou s'en serait remis à justice. Mais il ne pourrait invoquer les dispositions de l'arti-

(1) TROPLONG, *Vente*, n° 715. — DURANTON, T. 16, n° 413.

cle 1667, s'il avait provoqué le partage, quand même il aurait conclu contre la licitation; car elle ne serait que le dénoûment de l'action dont il a pris l'initiative.

10. Si le débiteur peut intervenir, pour la conservation de ses droits, dans les instances poursuivies avec le créancier, *pendente conditione*, ce n'est pas qu'il ait qualité pour couvrir seul les actions actives ou passives, tant que la condition résolutoire n'est pas accomplie. Les tiers n'ont pas régulièrement affaire avec lui seul, la condition étant en suspens. En cet état, il cesse d'être leur contradicteur légal, et les jugements rendus contre lui, en qualité de demandeur ou de défendeur, ne pourraient être exécutés contre le créancier, *pendente conditione*, ni, à plus forte raison, après que la condition résolutoire serait défaillie. Ils seraient réputés non-avenus, comme rendus contre un tiers étranger. Mais ils reprendraient toute leur autorité contre le débiteur, du moment que la condition résolutoire serait accomplie (1).

11. Le créancier sous condition résolutoire ne cesse de couvrir les actions actives et passives relatives à la chose, que lorsque la condition résolutoire est réalisée. Et ici il importe de distinguer entre les conditions qui opèrent résolution de plein droit, et la condition résolutoire tacite qui n'opère pas de la même manière, sauf clause expresse du contraire. Dans le cas de cette dernière condition, tant que la résolution n'est pas judiciairement prononcée, le créancier demeure dans l'intégrité des droits que maintient en sa faveur l'incertitude de la condition résolutoire.

12. De ce que la propriété réside pleinement sur sa tête, sauf résolution, il suit qu'il peut commencer à prescrire à la date de son titre. De ce moment en effet il a le sentiment fondé, la conscience de la propriété acquise, *justa opinio do-*

(1) Voy. 1351, n° 113.

minii quæsiti. Ainsi, il lui suffira de dix ou vingt ans pour prescrire avec titre et bonne foi (1665) (1).

13. Il peut opposer le bénéfice de discussion aux créanciers hypothécaires (1666), comme s'il avait acquis purement et simplement, sauf, au cas de clause de rachat, par exemple, le droit qu'ont les créanciers du vendeur d'accomplir la condition résolutoire, en rachetant en son lieu et place (1166).

14. Il peut, *pendente conditione,* interrompre la prescription par voie de reconnaissance, au préjudice même du débiteur qui a des droits éventuels sur la chose. Mais il ne peut renoncer à la prescription acquise. Le débiteur pourrait, nonobstant toute renonciation, l'opposer en cas de résolution (2225).

15. Il est capable de tous les actes d'administration et de jouissance, sauf les cas d'abus et de dégradations qui peuvent fonder l'exercice d'actes conservatoires de la part du débiteur, lequel, sous ce rapport, est un véritable créancier sous cette condition suspensive, si la résolution a lieu. Lors donc que le débiteur reprend sa chose par l'effet de la condition résolutoire, il est tenu d'exécuter les baux faits sans fraude par le créancier. Cette disposition de l'article 1673, à l'égard du vendeur sous faculté de réméré, c'est-à-dire sous condition résolutoire potestative, est applicable à tous les cas de conditions résolutoires. Elle n'est que la conséquence d'un principe général et de droit commun (2).

16. Tout contrat conditionnel crée aux parties contractantes une double position dont l'une est, pour ainsi dire, l'endroit et l'autre l'envers. L'évènement qui supend les droits de l'un résout les droits de l'autre, comme l'évènement qui doit résoudre les droits de l'un, tient ceux de l'autre en suspens. Supposons donc une vente conditionnelle, faite sous condition

(1) TROPLONG, *Prescript.*, n° 911. — ZACHARIÆ, T. 1, pag. 465, n° 11. — DURANTON, T. 21, n° 375. — TOULLIER, T. 6, n° 548.

(2) Voy. 1165, n°s 15, 16 et 19.

résolutoire : le vendeur n'a pas complètement abdiqué sa propriété; des liens intimes le rattachent encore à sa chose; il a conservé sur elle des droits soumis à cette condition suspensive à son égard, si la résolution a lieu. L'acquéreur a de son côté des droits plus sensibles et plus immédiats sur la chose; il a titre et possession de propriétaire. Ses droits, il est vrai, sont résolubles; mais il ne les exerce pas moins tous, en les subordonnant à la condition résolutoire à laquelle ils sont soumis.

De cette double situation ainsi faite aux contractants par l'existence des conditions convenues, il suit que l'un et l'autre peuvent également, quoique à des titres divers, disposer de la chose, chacun dans les termes de la condition qui détermine la nature et la portée de ses droits particuliers. Aussi, l'article 2125 dispose-t-il que ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions. Et ce que l'article 2125 dit de l'hypothèque, il faut le dire de tous les droits réels qui peuvent affecter une chose. L'accomplissement de la condition les résout ou les confirme, les détruit ou les consolide.

L'acquéreur sous condition résolutoire a-t-il grevé l'immeuble d'une hypothèque, d'une servitude ou de tout autre droit réel? Toutes les charges disparaissent lorsque la condition arrive, et l'immeuble rentre quitte et libre dans les mains du vendeur (1).

Est-ce le vendeur qui a conféré ces droits, *pendente conditione?* Il n'a pu le faire lui-même qu'en les subordonnant à la condition convenue. Cette condition manque-t-elle? Les droits concédés par lui s'effacent, et l'immeuble demeure franc et libre dans les mains de l'acquéreur.

Tout ceci n'est que la conséquence de ce double principe, que nul ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même, *nemo plus juris in alium transferre potest quàm ipse*

(1) Voy. art. 128, 929, 865, 954, 952, 963, 1673, 2125.

habet; que les droits de l'ayant-cause sont frappés de la même résolution que ceux de son auteur, *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis.* Ces deux maximes, en se combinant, fixent nettement leur portée légale. C'est qu'en effet la résolution du droit de celui qui a transmis des droits aux tiers ne doit pas être une abdication purement volontaire de sa part, puisqu'elle prouverait, au contraire, l'existence du droit par lui volontairement abdiqué. Elle doit être forcée, nécessaire, comme étant la conséquence soit de l'imperfection de son titre originaire, soit d'actes postérieurs plus ou moins volontaires de sa part, qui ont réagi sur la perfection de ses droits, en leur faisant encourir la résolution.

17. S'agit-il de l'aliénation faite de tout ou partie de la chose, le vendeur, la condition résolutoire étant accomplie, la reprend sur les tiers-acquéreurs. Ainsi, le vendeur à pacte de rachat peut exercer son action contre un second acquéreur, quand même la faculté de réméré n'aurait pas été déclarée dans le second contrat (1664). Il peut même poursuivre le tiers en désistat, *omisso medio,* sans appeler le premier acquéreur; car, par l'accomplissement de la condition résolutoire, le contrat est résolu de plein droit, *ipso jure* (1). Et il en est de même de toutes les autres conditions résolutoires, et même de la condition résolutoire tacite, quand la résolution s'est opérée, soit de plein droit, soit en vertu d'une décision judiciaire.

Quant à la nature de l'action intentée par le vendeur, il nous suffit de rappeler qu'elle est mixte à l'égard de l'acquéreur, réelle à l'égard des tiers (2). Il a un véritable *jus in re,* qui se traduit en droit de suite.

18. On a contesté au vendeur sous faculté de rachat, ou sous toute autre condition résolutoire, le droit d'hypothéquer la

(1) TROPLONG, *Vente,* n° 732. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 543. — DUVERGIER, *Vente,* T. 2, n° 61.

(2) Voy. 1136, n° 16. — TROPLONG, *Vente,* n° 698.

chose par lui aliénée, *pendente conditione.* Qu'il nous suffise de faire remarquer que l'évènement qui doit résoudre les droits de l'acquéreur suspend ceux du vendeur, de telle sorte qu'il est un créancier sous condition suspensive. Il peut donc vendre, aliéner, hypothéquer, grever la chose de servitudes et de charges, comme le peut l'acquéreur lui-même, sauf les chances de nullité ou de validité, suivant que la condition résolutoire manque ou s'accomplit (3).

19. Mais s'il est vrai que celui qui n'a sur une chose que des droits conditionnels ne peut l'aliéner, la grever que sous les mêmes conditions, est-il vrai aussi qu'il ne puisse stipuler pour elle ou la faire dégrever que sous les mêmes conditions?

Nous commençons par mettre à l'écart le cas où un droit réel vient à périr de lui-même, sans aucun fait de la part des contractants, par la force seule des choses ou de la loi, et sans l'intervention d'aucune stipulation, d'aucun contrat. Par exemple, c'est un usufruit qui prend fin par la mort de l'usufruitier, une servitude qui périt par le non usage. La propriété se complète d'elle-même, et voilà tout. Elle passe pleine et entière dans les mains de celui qui, en définitive, demeure propriétaire, quel qu'il soit; car l'extinction naturelle des charges est un bénéfice de la chose et non de la personne.

Nous en disons autant d'une servitude acquise par l'usage continué *pendente conditione*.

Supposons maintenant un contrat. Acquéreur sous une condition résolutoire, ou vendeur sous une condition suspensive d'un héritage grevé d'une servitude ou de tout autre droit réel, je stipule de celui envers lequel ou envers l'héritage duquel il est obligé, l'extinction de cette servitude ou de ce droit réel. Une semblable stipulation est soumise elle-même, quant à son efficacité, aux conditions de mon achat ou de ma vente. La

(3) Voy. 1181, n° 8. — TROPLONG. *Hyp.*, n°s 468 et suiv., et *Vente*, n°s 739 et suiv. — MERLIN, Rép., v° *Hyp.*, sect. 2, § 3, art. 3, n° 5. — PERSIL, T. 1, pag. 276. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 544. — DUVERGIER, *Vente*, T. 2, n° 29. — *Contrà*, GRENIER, *Hyp.*, T. 1, n° 153.

condition résolutoire sous laquelle j'ai acheté vient-elle à défaillir, comme son accomplissement rétroagit au jour du contrat, je suis censé avoir stipulé pour une chose sur laquelle j'ai eu dès le principe des droits certains, irrévocables. Je l'ai donc valablement dégrevée des charges qui pesaient sur elle. Il en sera de même si la condition suspensive sous laquelle j'ai vendu vient à défaillir. Je suis censé, toujours en vertu de la rétroactivité, n'avoir jamais aliéné l'héritage pour lequel j'ai stipulé.

Que si, au contraire, la condition résolutoire sous laquelle j'ai acquis, ou la condition suspensive sous laquelle j'ai vendu vient à s'accomplir, je suis censé n'avoir jamais acquis, ou avoir définitivement vendu, dès le jour du contrat. Lors donc que j'ai stipulé, *pendente conditione*, le dégrèvement des servitudes ou droits réels qui pesaient sur l'héritage acquis ou vendu par moi conditionnellement, je n'ai fait que stipuler pour la chose d'autrui, puisque, par suite de l'effet rétroactif de la condition accomplie, je n'avais, lors de la stipulation, aucun droit sur la chose en faveur de laquelle je stipulais. Cette stipulation est donc nulle, comme faite pour un tiers (1). Tel serait notamment le cas où l'acquéreur sous pacte de rachat aurait, *pendente conditione*, stipulé l'extinction d'une servitude grevant l'immeuble par lui acquis. L'effet de cette stipulation cesse par le rachat exercé par le vendeur, qui reprend sa chose dans l'état où elle était au moment de la vente. L'acquéreur n'ayant que des droits résolubles, est censé n'avoir stipulé que dans la mesure de son droit et de son intérêt. Tels nous paraissent être les principes rigoureux et absolus de la plus pure théorie.

Mais s'il s'était porté fort pour le vendeur, ou s'il avait stipulé pour lui accessoirement à un contrat qu'il aurait fait pour lui-même, il faudrait alors appliquer les articles 1120 et 1121; nouvelle preuve de l'inefficacité de la stipulation faite exclusivement en son nom personnel.

(1) DURANTON, T. 5, nos 554 et 555. — *Contrà*, DEMOLOMBE, T. 12, no 759.

Que si cependant il résultait des termes de la convention ou des circonstances de la cause, que celui qui n'avait sur la chose que des droits résolubles et conditionnels, loin de subordonner les effets de sa stipulation aux éventualités auxquelles étaient soumis son droit et son intérêt, a entendu, au contraire, qu'elle fût absolue, irrévocable, et qu'elle profitât non seulement à lui, mais encore à tous autres qui le remplaceraient dans la possession et propriété, l'autre partie qui aurait accepté cette stipulation ne serait pas plus recevable que lui-même à en demander la nullité, comme faite pour un tiers. Soit qu'on le considère comme ayant qualité pour rendre meilleure la condition de la chose, soit plutôt qu'on le considère comme s'étant virtuellement porté fort pour les propriétaires éventuels, ou comme ayant stipulé pour eux accessoirement à la stipulation qu'il avait le droit de faire pour lui-même dans les limites de son intérêt, la convention devrait alors être maintenue pour la chose même qui en a fait le sujet plutôt que la personne (1), sans préjudice toutefois de la faculté qu'à le propriétaire véritable, à l'échéance de la condition qui a purifié son droit, de ratifier ou de repousser la convention intervenue sans sa participation.

Il va de soi que, si le tiers avait été de bonne foi dans la convention, et que son annulation lui causât préjudice, il pourrait réclamer des dommages et intérêts contre l'autre partie.

Appliquons enfin ces principes à tous les cas où, n'ayant que des droits conditionnels sur une chose, je stipule pour cette chose telle ou telle servitude active. La condition accomplie ou défaillie fera de cette stipulation, suivant la nature de la clause conditionnelle, une stipulation pour moi-même et valable, ou une stipulation pour autrui et nulle à ce titre (2).

20. La condition résolutoire ne suspend point l'exécution de l'obligation (1183). Le contrat produit des effets immédiats,

(1) Toullier, t. 3, n° 580. — Demolombe, t. 12, n° 759. — Pardessus, *Servit.*, t. 2, n° 259.

(2) Duranton, t. 5, *ibid.*

abstraction faite de l'évènement dont l'accomplissement doit entraîner sa résolution. Si donc j'ai acquis un immeuble, je suis, dans toute la vérité du mot, un tiers-détenteur exposé à l'action hypothécaire de la part des créanciers de mon vendeur. Je puis en conséquence prescrire les hypothèques (1665). Ainsi, j'ai acheté un immeuble en 1830, j'ai transcrit mon contrat d'acquisition, je possède de bonne foi pendant dix ans entre présents, à partir de la transcription. J'ai prescrit les priviléges et hypothèques qui grevaient l'immeuble (2180). Mais qu'à l'expiration de ces dix années, la condition résolutoire s'accomplisse; l'immeuble sera censé n'être jamais sorti des mains du vendeur, et demeurera grevé des priviléges et hypothèques. Les créanciers reprennent leurs droits et leurs rangs. Tout se passe enfin comme si jamais leur débiteur n'avait vendu, comme si jamais un tiers n'avait acquis.

Aussi, les créanciers hypothécaires ont-ils intérêt, bien que ce ne soit pas une cause interruptive de la prescription, à prendre ou à renouveler leurs inscriptions, même après la transcription du contrat, dans la prévision de l'accomplissement de la condition résolutoire. Ce sont là des actes conservatoires de leurs droits, au moins vis-à-vis de leur débiteur et d'eux-mêmes.

21. Comme tiers-détenteur, l'acquéreur sous condition résolutoire peut purger la propriété. La condition s'accomplit; quel sera le sort des priviléges et des hypothèques? Nous ne supposons pas, bien entendu, que la purge ait eu pour résultat le payement de toutes les créances; car alors les droits des créanciers seraient irrévocablement éteints envers tous. Nous supposons donc une simple purge, faite dans des circonstances telles que les fonds ont manqué pour quelques-uns, ou que les créanciers ayant hypothèques légales ne se sont point présentés.

Dans ce cas, l'immeuble est purgé entre les mains du tiers-détenteur (2181 et suiv.). Mais, après la purge opérée, la condition résolutoire s'accomplit. Notons que cette condition ne

peut être qu'expresse, hors le cas d'hypothèques légales non inscrites. Car si, c'était la condition tacite résultant du défaut de payement, il n'y aurait pas de purge parfaite (2186). L'immeuble rentrera-t-il alors tout purgé dans les mains de celui qui l'avait aliéné, de telle sorte que les créanciers sur lesquels les fonds auront manqué, ou ceux à hypothèques légales qui ne se sont point présentés, n'auront dorénavant sur cet immeuble aucun des droits hypothécaires qu'ils avaient auparavant sur lui ?

Nous proposons une distinction que nous allons essayer de justifier : les hypothèques purgées par l'acquéreur résultent-elles de créances personnelles au vendeur? Elles revivent sur lui après l'accomplissement de la condition résolutoire, après la révocation ou la rescision. Résultent-elles, au contraire, de créances dont le vendeur n'est pas personnellement tenu? Nonobstant la résolution ou la révocation, elles demeurent définitivement purgées.

Expliquons-nous sur la première partie de notre distinction, et supposons, par exemple, que la condition résolutoire consiste dans une clause de rachat. On ne saurait d'abord tirer argument des dispositions de l'article 1665, pour prétendre que l'immeuble purgé par l'acquéreur rentre purgé dans les mains du vendeur qui use du rachat. Que l'acquéreur exerce tous les droits de son vendeur, qu'il jouisse, perçoive les fruits, paye les impôts, supporte les charges et recueille les bénéfices de la propriété ; ce n'est que la conséquence des droits résolubles qui lui ont été transmis. Qu'il puisse prescrire, tant contre le véritable maître que contre ceux qui prétendraient des droits ou hypothèques sur la chose vendue ; c'est encore parce qu'il est maître et propriétaire, en vertu d'un contrat résoluble, néanmoins exécutoire, en attendant, pour et contre lui, comme s'il était pur et simple.

Mais il faut voir comment il prescrit. Il prescrit les hypothèques ; mais en ce sens seulement que la prescription le garantit, lui acquéreur, contre le droit de suite, mais n'éteint pas en faveur du débiteur le droit hypothécaire lui-même. Il

prescrit; mais cette prescription n'a d'effet et d'intérêt pour lui, que tout autant qu'il demeure en définitive propriétaire incommutable par la défaillance de la condition résolutoire. L'inefficacité de la prescription acquise par l'acquéreur, en ce qui concerne le vendeur qui a racheté sa chose, est tout à fait sensible si l'on suppose que l'acquéreur a pu prescrire par dix ou vingt ans, tandis que le vendeur ne pouvait invoquer que la prescription trentenaire. Il est bien évident que, dans ce cas, celui-ci ne peut se prévaloir de la prescription que celui-là aurait pu invoquer, si la condition résolutoire ne se fût pas accomplie. L'article 1665 ne fait donc que déterminer les droits personnels de l'acquéreur, au point de vue de son intérêt particulier, et sans qu'on puisse rien en conclure pour la solution de notre question.

Il est vrai que nulle part la loi n'a dit précisément que l'immeuble rentré dans les mains du vendeur par l'effet de la résolution, doive se replacer sous les charges, les hypothèques dont il avait été dégrevé par l'acquéreur, *pendente conditione*. Mais de son silence il ne convient pas d'inférer que cela ne soit point. Il faut, au contraire, le suppléer par le droit commun des conditions. La condition résolutoire accomplie a un effet rétroactif, en vertu duquel le contrat est censé n'avoir jamais existé. La fiction légale s'en empare pour le détruire et l'effacer. Si donc il n'y a eu ni acquéreur, ni vendeur, ni immeuble vendu, ni immeuble acquis, comment peut-il y avoir un immeuble purgé? L'un n'a pas cessé d'être propriétaire, l'autre n'a pas été un seul instant acquéreur. Or on conviendra bien que la purge suppose une tierce-détention; et de tierce-détention, il n'y en a pas eu. Il n'y en a eu qu'un pur fait de détention, pour le compte et au nom du vendeur originaire qui, personnellement obligé, n'a jamais eu la faculté de purger. Lors donc qu'il reprend son immeuble, il le reprend avec les hypothèques qui le grèveraient encore, si jamais il ne l'avait aliéné.

On arriverait autrement à de singulières conséquences. En effet, le vendeur sous condition résolutoire peut, ainsi que

nous l'avons dit plus haut, hypothéquer l'immeuble, *pendente conditione*. Si la condition s'accomplit, l'hypothèque est bien venue. Or, si l'acquéreur conditionnel a purgé et que les hypothèques soient éteintes définitivement par la purge, il s'ensuit que les derniers créanciers hypothécaires excluront ceux dont l'acquéreur avait, avant la résolution, purgé les hypothèques. Ainsi, la condition rétroagira pour valider les droits des uns, et elle ne rétroagira pas pour maintenir les droits des autres; ainsi, on fera une distinction entre des créanciers hypothécaires qui tous cependant ont le propriétaire de l'immeuble pour personnel obligé; et cette distinction se fera au préjudice même de ceux qui ont en leur faveur la priorité du titre.

Rien, au surplus, dans les principes de la purge, n'empêche cette résurrection sur le vendeur des hypothèques purgées par l'acquéreur, *pendente conditione*, alors du moins que le vendeur est obligé personnellement. La purge n'opère en effet qu'une extinction relative et partielle du droit hypothécaire; relative, car elle ne profite qu'aux tiers-détenteurs, en les mettant à l'abri du droit de suite, dont le dénoûment naturel est l'éviction; partielle, car elle ne frappe que ce droit de suite, cette seconde moitié du droit hypothécaire. Elle n'empêche donc pas le droit hypothécaire de subsister à l'égard du débiteur, et sur les biens demeurés en sa possession. A tout prendre, la purge n'est qu'une exception au droit de suite que la loi donne aux tiers-détenteurs. Eux seuls sont libérés, le débiteur ne l'est pas. Si donc la chose revient dans ses mains, par la résolution du contrat même qui l'en avait fait sortir, l'exception tombe; le droit hypothécaire reprend toute sa plénitude, toute son intégrité. Le droit de suite renaît, quand la tierce-détention n'est plus; ou, pour parler plus exactement, les créances hypothécaires s'exercent sur leur gage, qui est censé n'être jamais sorti des mains du débiteur qui, destitué lui-même de la faculté de purger, ne peut se prévaloir de la purge faite par un tiers, vis-à-vis de ses créanciers personnels (1).

(1) Voy. cep. les motifs contraires d'un arrêt de la Cour de cassation, 14 avril 1847. Sirey, 47, 1, 341.

Ceci nous amène à cette observation : les créanciers à l'égard desquels la purge sera poursuivie, et sur qui les fonds manqueront dans l'ordre, pourront s'opposer à la radiation de leurs inscriptions (759, C. pr.). Leurs hypothèques devant renaître, par l'effet de la résolution, sur le vendeur, leur obligé personnel, ils ont intérêt à conserver, dans la prévision de l'accomplissement de la condition résolutoire, les inscriptions destinées à les faire valoir. Autrement, la radiation, sans altérer leur droit hypothécaire, porterait atteinte à son efficacité, sous le rapport du rang. Quant au tiers-détenteur, il a le même droit, afin de garantir les effets de sa subrogation légale.

22. Il ne faut pas perdre de vue que jusque-là, nous avons constamment supposé que celui qui avait aliéné sous condition résolutoire, était personnellement obligé aux dettes hypothécaires, et qu'en conséquence toute purge lui était interdite, puisqu'il n'était pas un simple tiers-détenteur. Mais s'il n'était lui-même qu'un tiers-détenteur, par rapport à l'immeuble qu'il avait aliéné et qu'il a repris par l'effet de la condition résolutoire, il pourrait se prévaloir de la purge faite par son acquéreur, *pendente conditione*. Du moment en effet qu'il était personnellement en droit de purger les hypothèques qui le grevaient, il a pu en faire faire le purgement par un tiers qu'il mettait en son lieu et place. C'est alors le cas d'appliquer la maxime, que purge sur purge ne vaut. Car, d'une part, il est indifférent aux créanciers hypothécaires par qui la purge ait été accomplie, puisque, en définitive, leur gage a été réalisé; et, d'autre part, la purge régulièrement faite opère le dégrèvement absolu de l'immeuble hypothéqué pour tous les tiers-détenteurs, pour ceux qui ont cessé de l'être comme pour ceux qui le sont actuellement ou le seront plus tard.

Il s'ensuit que, si l'immeuble purgé par l'acquéreur sous condition résolutoire était grevé d'hypothèques pour créances dont les unes fussent personnelles au vendeur et les autres ne le fussent point, la purge aurait éteint celles-ci, et non celles-là. L'immeuble en rentrant dans ses mains, par l'effet de la ré-

solution ou de la révocation, se replacerait sous la charge des hypothèques résultant de créances non payées et consenties par lui personnellement.

Quant aux hypothèques éteintes par la purge, les créanciers pourraient seulement pratiquer entre les mains du vendeur qui a repris sa chose, des saisies-arrêts pour les sommes dont il pourrait, tiers-détenteur lui-même, être débiteur envers ceux qui originairement lui ont vendu l'immeuble. Mais remarquons qu'alors ils n'exercent qu'une action personnelle, et qu'ils ne peuvent plus exercer l'action hypothécaire; car, autrement, ils réaliseraient hypothécairement deux fois leur gage sur les tiers-détenteurs; ce qui ne peut être.

23. Nous ajoutons que l'acquéreur qui, à la suite de la purge faite, *pendente conditione*, a payé les créanciers hypothécaires, est subrogé de plein droit à leurs créances (1251). Il pourra donc, après la résolution ou la révocation de son titre, se prévaloir de cette subrogation légale, lorsqu'il s'agira de poursuivre la restitution des sommes par lui payées. Il agira contre le vendeur rentré dans sa propriété, comme auraient pu agir les créanciers eux-mêmes aux droits desquels il se trouve.

Il y a mieux : il exclura les créanciers à hypothèques légales qui auront négligé de se présenter et de se faire connaître, alors même qu'ils eussent pu dans le principe invoquer un rang antérieur. La purge par lui faite, sans qu'ils aient pris soin de se montrer, a eu pour résultat, à son égard, de les faire considérer comme n'existant pas; et s'il était primé par eux, lorsqu'il poursuit sur son vendeur la restitution de ce qu'il a payé aux autres, il éprouverait un véritable dommage de leur négligence, puisque ce n'est que faute par eux de s'être fait connaître dans les poursuites en purgement qu'il a payé des créanciers à un rang postérieur. En un mot, comme subrogé, il conservera les mêmes rangs, profitera des mêmes forclusions que dans l'ordre intervenu en suite de la purge, pourvu que la radiation des inscriptions n'ait point été ordonnée et accomplie.

24. Poursuivons l'examen de cette question de purge.

Je vous vends un immeuble sous faculté de rachat. L'acquéreur purge les hypothèques et notamment l'hypothèque légale de ma femme. Plus tard je cède mon droit de rachat à un tiers qui retire effectivement l'immeuble.

Si j'avais opéré moi-même le retrait, au lieu d'en céder le droit à un tiers, d'après ce que nous avons dit plus haut, l'immeuble rentré dans mes mains se replacerait, nonobstant la purge faite par l'acquéreur, sous l'hypothèque légale de ma femme, que je ne pouvais moi-même purger. Mais en sera-t-il de même pour le tiers à qui j'ai cédé et qui a exercé le rachat?

On peut prétendre, pour l'affirmative, que le cessionnaire n'est que mon ayant-cause; qu'il tient de moi tous ses droits; qu'il reprend la chose comme je l'aurais reprise, avec les mêmes charges, les mêmes hypothèques. La chose, dit-on, n'arrive dans ses mains que parce qu'il est aux droits du vendeur, qu'il représente dans l'exercice du retrait et dans le droit de propriété. Comment pourrait-il invoquer la purge faite par l'acquéreur? Il n'est pas son ayant-cause, il n'a pas contracté avec lui. Loin de là, il a accompli sur lui la condition résolutoire dont la rétroactivité a pour effet de tout effacer. Comment peut-il donc se dire l'ayant-cause de celui-là même dont il a effacé tous les droits, et non l'ayant-cause du vendeur dont il a d'ailleurs exercé le droit de retrait? Il représente donc le vendeur, qui n'a pu lui-même céder la faculté de rachat qu'en vue de son exercice. Donc l'hypothèque légale de la femme du vendeur grève, malgré la purge opérée par l'acquéreur, l'immeuble rentré dans les mains du tiers-cessionnaire.

Ce raisonnement, fondé sur la rigoureuse théorie des conditions résolutoires, n'est cependant que spécieux. L'illusion qu'il peut produire quelques instants, doit disparaître devant des principes non moins rigoureux et non moins certains. Que mon cessionnaire soit mon ayant-cause, et non celui de l'acquéreur dont il résout les droits par l'exercice du réméré, cela ne suffit pas. Il faudrait établir que l'hypothèque légale de ma femme a continué de grever l'immeuble. Que cela soit,

lorsque le réméré est exercé par le vendeur lui-même, nous avons dit comment et pourquoi; c'est que le droit hypothécaire qui n'avait perdu par la purge que son droit de suite, se complète naturellement, lorsque le débiteur reprend sa chose.

Mais quand c'est un tiers cessionnaire qui la reçoit directement des mains de l'acquéreur sous condition résolutoire, et en vertu d'une cession antérieure à la résolution, on ne peut trouver aucun moment intermédiaire où l'hypothèque légale de la femme ait pu se compléter. Le vendeur n'avait en effet qu'une action en réméré, en reprise de sa chose par l'effet de la résolution. Or cette action, bien qu'elle renferme le *jus in re*, et contienne ainsi plus que le *jus ad rem*, n'est cependant pas susceptible d'hypothèque. Si le vendeur peut, *pendente conditione*, consentir néanmoins une hypothèque sur la chose qui lui est due conditionnellement, il ne s'ensuit pas que l'hypothèque soit d'ores et déjà réputée existante. Il faut encore que la propriété lui soit définitivement acquise; car ce n'est qu'à ce moment-là que l'hypothèque rencontre son assiette nécessaire. Et si alors elle a une valeur rétroactive, c'est à raison de l'effet rétroactif de la condition. Mais tant que la condition n'est pas accomplie, le vendeur n'ayant qu'une action en reprise, et non une propriété incommutable, l'hypothèque n'a fait encore aucune impression sur la chose. S'agit-il d'une hypothèque purgée par l'acquéreur, elle reste purgée; le moment de sa résurrection n'est pas encore venu. Il ne peut venir qu'à la rentrée de la chose dans les mains du vendeur lui-même. Si donc elle passe dans celles d'un tiers, elle y arrive toute dégrevée, et telle qu'elle était dans celles de l'acquéreur qui en a opéré le purgement. L'hypothèque légale de ma femme, à défaut d'une résurrection en temps opportun, demeurera donc définitivement purgée à l'égard de mon cessionnaire qui a exercé le rachat (1).

Au lieu d'une clause de réméré, nous pouvons supposer

(1) Montpellier, 4 mars 1841. SIREY, 42, 2, 26. — Cass., 14 avril 1847. SIREY, 47, 1, 341. — Grenoble, 17 fév. 1849. SIREY, 49, 2, 543.

toute autre cause de résolution ou de révocation. Ainsi, les tiers subrogés aux droits du vendeur et exerçant l'action en résolution pour défaut de payement, reprendront la chose toute purgée, si l'acquéreur en a fait la purge.

25. Nous venons d'effleurer une question sur laquelle il convient de nous arrêter. Nous avons dit que si le vendeur sous condition résolutoire peut, *pendente conditione*, consentir hypothèque sur la chose vendue, ce n'est pas que l'hypothèque existe dès à présent. Il n'a en effet qu'une action non susceptible d'hypothèque, en ce sens du moins que l'hypothèque n'a pas d'existence actuelle, tant que l'immeuble n'est pas devenu sa propriété incommutable, de manière qu'il ait pu recevoir l'empreinte hypothécaire. Jusque-là donc elle n'existe pas, elle ne s'est pas assise sur la chose ; elle est enfin subordonnée, quant à son efficacité, aux mêmes conditions que la propriété elle-même.

Voyons à présent les conséquences de cette imperfection de l'hypothèque. J'ai vendu un immeuble sous condition résolutoire, sous faculté de rachat, par exemple ; puis je consens à un tiers hypothèque sur lui, dans la prévision de la résolution ; des tiers obtiennent contre moi une condamnation emportant hypothèque judiciaire sur tous mes biens présents et à venir ; je me marie ou deviens tuteur, et mes biens sont dès lors affectés d'une hypothèque légale. Je cède enfin à un tiers mes droits sur la chose, droits conditionnels, éventuels. La résolution s'opère à son profit. Il retirera la chose quitte et libre de toute hypothèque, soit conventionnelle, soit judiciaire, soit légale, parce que, bien qu'il tienne ses droits de moi, néanmoins son titre est à une date antérieure à la résolution, et remonte à une époque où, l'hypothèque n'étant pas encore consolidée, le créancier hypothécaire ne peut aller chercher l'immeuble dans les mains d'un nouvel acquéreur (1).

Appliquez les mêmes décisions au cas où un acquéreur sous

(1) TROPLONG, *Hyp.*, nos 435 et 469. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 545. — Cass., 21 déc. 1825. SIREY, 26, 1, 275.

condition suspensive aurait, *pendente conditione*, cédé ses droits à un tiers, dans le patrimoine duquel la chose serait directement entrée, par suite de l'accomplissement de la condition.

Nous supposons jusque-là que le vendeur sous condition résolutoire, ou l'acquéreur sous condition suspensive ont cédé seulement leurs droits éventuels sur la chose, l'action qu'ils avaient éventuellement à exercer sur elle. Mais s'ils avaient aliéné la chose elle-même, en faisant de l'accomplissement de la condition à laquelle est subordonné le premier acte, la condition du second contrat, dans ce cas, le tiers-acquéreur ou donataire ne recevrait la chose qu'à la charge des hypothèques existantes du chef de son auteur, jusqu'au moment de l'aliénation consentie à son profit. Par exemple, j'ai vendu ma maison sous telle condition résolutoire ; au lieu de céder purement et simplement l'action en reprise, non susceptible d'hypothèque, j'aliène au profit d'un tiers la chose elle-même sous cette condition suspensive, si la condition résolutoire prévue arrive. Cette condition s'accomplit ; je suis dès lors censé être toujours resté propriétaire jusqu'au moment du second acte d'aliénation, qui est lui-même protégé par la rétroactivité de la condition accomplie. Ma maison aura donc été jusque-là valablement grevée d'hypothèques de mon propre chef, et mon ayant-cause devra les subir, puisque la propriété ne lui est parvenue qu'après avoir fait impression sur ma tête.

26. Nous avons vu que le tiers-détenteur sous condition résolutoire peut purger, avant même que la condition soit accomplie; nous avons vu aussi quels sont les effets de cette purge. Nous devons à présent examiner quelle influence la résolution ou la révocation exerce sur les poursuites hypothécaires commencées ou accomplies sur le tiers-détenteur, pendant que la condition résolutoire était en suspens.

Prenons ces poursuites aux divers degrés par lesquels elles passent pour arriver à leur dénoûment, c'est-à-dire à la réalisation du gage hypothécaire.

Les créanciers n'ont-ils adressé au tiers-détenteur, lorsque

la résolution s'accomplit, que la sommation de délaisser ou de payer, l'immeuble rentrant alors dans les mains de celui qui l'avait aliéné, c'est sur lui que les poursuites doivent être désormais exercées. Et, s'il est tiers-détenteur lui-même, il faudra lui adresser également sommation de délaisser ou de payer (2168).

Au moment où la résolution s'accomplit, les créanciers hypothécaires ont-ils déjà commencé les poursuites en expropriation forcée (2169), les poursuites continueront sur celui qui reprend l'immeuble, sauf à lui à les arrêter, en payant les dettes qui le grèvent, ou à délaisser, si d'ailleurs il a toute capacité pour le faire.

Si l'adjudication avait été prononcée sur la tête du tiers-détenteur, elle devrait être maintenue, nonobstant toute résolution, toute révocation ultérieure. Il n'y a même pas à distinguer si celui qui avait aliéné était personnellement tenu des dettes hypothécaires, ou n'était obligé que comme tiers-détenteur. Dans l'un et l'autre cas, les créanciers n'ont fait qu'exercer leur droit de suite sur l'immeuble qui était affecté à la garantie de leurs créances; et ce droit de suite, droit réel, s'exerce sur l'immeuble en quelques mains qu'il passe, sans que les poursuites en expropriation par lesquelles il se manifeste, aient à subir la moindre influence des changements de possesseurs. La chose demeure frappée de saisie, et est suivie dans les mains qui la détiennent successivement. Autrement, les poursuites des créanciers hypothécaires seraient constamment arrêtées et paralysées dans leur marche; la réalisation de leur gage fuirait devant eux, chaque fois qu'il aurait été l'objet d'une transmission sous une condition résolutoire qui viendrait à s'accomplir. La vérité est que le propriétaire qui a aliéné la chose, et l'a reprise ensuite par l'effet d'une résolution ou d'une révocation, ne peut considérer comme non avenues les poursuites commencées, ni l'adjudication prononcée sur la tête du tiers-détenteur, parce qu'il s'est volontairement substitué ce tiers-détenteur pour répondre à toutes les actions

que les créanciers hypothécaires peuvent exercer sur l'immeuble hypothéqué. Il pouvait d'ailleurs intervenir, soit pour surveiller l'instance, soit pour l'arrêter en payant les dettes.

Il faut en dire antant du cas où l'immeuble aurait été mis en vente, et adjugé sur l'offre du prix faite par le tiers-détenteur, et sur la réquisition d'enchères de la part des créanciers. Car les raisons de maintenir les poursuites et l'adjudication sont exactement les mêmes. Celui qui a aliéné la chose a, en mettant le tiers-détenteur à même de purger, accepté d'avance tous les résultats de la procédure en purgement.

Cependant, si, au moment où a lieu la résolution ou la révocation, le tiers-détenteur n'avait fait qu'offrir son prix, et que les créanciers hypothécaires l'eussent accepté, à défaut de réquisitions de mises aux enchères (2184 et suiv.), le tiers-détenteur dont les droits sont résolus ou révoqués, serait-il encore tenu de payer le prix offert et accepté? On peut dire que son offre n'a été faite que sous la même condition par laquelle ses droits sont résolus ou révoqués; que l'offre et l'acceptation tombent, par suite de la résolution ou de la révocation des droits qui lui avaient été transmis, et dont le maintien seul pouvait le constituer débiteur envers les créanciers hypothécaires; que ceux-ci n'ont plus qu'à agir, suivant la nature de leurs créances, contre le propriétaire rentré dans la chose hypothéquée.

Nous croyons néanmoins que l'acquéreur ou le donataire, tiers-détenteur, est tenu, nonobstant la résolution, de payer le prix offert. En effet, la purge est toute volontaire de sa part; il a pu être imprudent d'offrir, puisque le contrat qui le lie envers les créanciers, par suite de ses offres, doit être exécuté, et qu'il n'a plus qu'un recours, mal garanti peut-être, contre son auteur. Mais, pourquoi a-t-il offert, pourquoi s'est-il obligé? En offrant, il a dû le faire purement et simplement, sans condition, quoique sa détention soit elle-même conditionnelle. Autrement, ses offres ne seraient qu'un leurre qui aurait en ce résultat préjudiciable à l'égard des créanciers, de les empêcher de réaliser, par l'expropriation, leur gage d'une

manière définitive et irrémissible. La vérité de cette solution est encore plus sensible, si l'on suppose, à la suite des offres, un ordre amiable ou judiciaire, qui ne fait que resserrer les liens du contrat qui oblige le détenteur envers les créanciers, sans préjudice de la condition résolutoire, quelle qu'elle soit, laquelle produira ses effets entre les parties contractantes. Quant au recours du tiers-détenteur, il pourra s'exercer par la voie de la subrogation légale; car il aura payé des créanciers hypothécaires en employant son prix (1251, 2°). Il sera ainsi subrogé au bénéfice de leur droit hypothécaire ou de leurs inscriptions, si elles n'ont été radiées.

Du reste, quand nous disons que, nonobstant la résolution, le tiers demeure obligé envers les créanciers hypothécaires qui ont accepté le prix par lui offert, nous supposons des créanciers ayant hypothèques, à la charge de celui au profit de qui existe la condition résolutoire. Car si l'accomplissement de cette condition faisait évanouir leurs hypothèques, ils seraient sans droit pour exiger un payement qui serait sans cause de la part du tiers-détenteur, puisqu'il n'y a point pour eux de gage qu'ils aient à réaliser.

27. Pour que les poursuites commencées et l'adjudication prononcée sur la tête du tiers-détenteur, ou de tous autres détenteurs mis à ses droits, soient maintenues, nonobstant toute résolution ou révocation, vis-à-vis du propriétaire qui a repris l'immeuble, il suffit qu'il y ait eu un seul créancier hypothécaire qui fût en droit de le poursuivre hypothécairement. Mais elles ne le sont qu'au profit de ce créancier ou de l'adjudicataire; car les droits des autres s'effacent et disparaissent avec ceux de qui ils les tenaient sous la même condition de résolution ou de révocation.

Il importerait même peu que ce n'eût pas été lui qui eût pris l'initiative des poursuites, par la sommation de délaisser ou de payer, ou par la réquisition de mises aux enchères. La poursuite hypothécaire se résout, en effet, dans une expropriation forcée qui devient commune à tous les créanciers inscrits, à

ce point qu'elle ne peut être rayée que de leur consentement (693, C. pr.), et que le désistement du poursuivant ne peut empêcher l'adjudication publique, sans le consentement de tous les autres créanciers hypothécaires (2190). Il suffit donc qu'il y ait un créancier vis-à-vis duquel les poursuites et l'adjudication doivent être maintenues, pour qu'elles le soient à son égard, et pour qu'elles le soient enfin à l'égard de l'adjudicataire, dont les droits s'apprécient surtout d'après ceux qui appartiennent aux saisissants.

Observons seulement que si les poursuites n'étaient que commencées, elles tomberaient devant le payement que ferait le propriétaire rentré dans sa chose, à celui ou à ceux qui seuls avaient le droit de le poursuivre hypothécairement.

28. Si le créancier sous condition résolutoire peut purger, *pendente conditione*, il peut également délaisser l'immeuble. Pour opérer le délaissement, il faut, il est vrai, avoir la capacité d'aliéner (2172). Mais cette capacité s'entend seulement de la capacité personnelle du tiers-détenteur, et non de la capacité réelle qui résulte de son titre. Bien qu'il ne puisse aliéner que sauf résolution, il peut opérer le délaissement, qui n'est qu'une simple abdication de la possession. Cette faculté résulte pour lui de ce que sa qualité de tiers-détenteur le met à même de répondre aux poursuites hypothécaires, qui sont dirigées contre la chose plutôt que contre la personne. Le propriétaire rentré dans ses droits, par suite de la résolution ou de la révocation, ne pourra donc pas faire annuler l'adjudication poursuivie et prononcée sur le curateur à l'immeuble délaissé.

29. Lorsque la condition résolutoire s'accomplit, elle opère la révocation de l'obligation (1183) qui, par suite de la rétroactivité, est censée n'avoir jamais existé. Nous avons déjà fait voir, dans le cours de notre commentaire, quelques-unes des principales conséquences de cette révocation ; nous aurons à en examiner quelques autres.

Alors, au contraire, que la condition résolutoire vient à dé-

faillir, l'obligation est réputée pure et simple dès le principe. Tout se règle comme s'il s'agissait d'une obligation purement et simplement contractée, de droits purement et simplement acquis.

30. Tant que la condition résolutoire n'est pas accomplie, la prescription ne court point contre le débiteur, en ce qui concerne ses droits éventuels, seulement exigibles par l'évènement de la condition. A défaut d'exigibilité, la prescription est suspendue (2257).

Mais elle court à l'égard du créancier, parce que la condition résolutoire ne suspend point l'exécution de l'obligation. Son action est donc prescriptible vis-à-vis du débiteur, soit à partir de l'acte, soit à partir de l'exigibilité (1).

Elle court de même à l'égard du débiteur, aussitôt qu'il a droit de rentrer dans sa chose par l'effet de la résolution ou de la révocation.

A l'égard des tiers, la chose transmise sous condition résolutoire est parfaitement prescriptible, sauf interruption. Le débiteur, créancier éventuel, est en effet capable d'exercer, *pendente conditione*, tous les actes conservatoires de ses droits (2).

31. Cette raison indique elle-même l'exception qu'il convient d'apporter à la règle générale. Si, en effet, la prescription court au profit des tiers, parce que l'ancien maître peut l'interrompre, il est clair qu'elle devra être suspendue dans tous les cas où la nature même de ses droits lui interdit toute action conservatoire. S'agit-il, par exemple, d'un rapport, d'une révocation de donations excessives (864, 865, 929, 930), les tiers-acquéreurs tenant leurs droits de l'héritier sujet à rapport, ou du donataire sujet à réduction, ne pourront opposer la prescription que du jour de l'ouverture de la succession, et non de la date du contrat. C'est qu'en effet les heritiers sont destitués de toute action en rapport et en réduction avant

(1) DURANTON, t. 21, n° 326.
(2) TROPLONG, *Prescript.*, n°s 795 et suiv.

l'ouverture de la succession; ils peuvent donc invoquer, même contre les tiers, la maxime, *contrà non valentem agere non currit præscriptio* (1).

32. Si le débiteur sous condition résolutoire n'avait été qu'un simple possesseur en cours de prescription, au moment de l'obligation, le créancier pourrait joindre, la condition étant défaillie, sa possession à la sienne propre pour compléter la prescription, comme le débiteur pourrait lui-même les réunir dans le même but, la condition venant à s'accomplir. Ils ont possédé l'un pour l'autre (2).

33. La prescription était-elle, au contraire, commencée contre le débiteur, si la condition vient à s'accomplir, comme alors il est censé avoir toujours été propriétaire, il peut opposer toutes les causes de suspension inhérentes à sa personne, par exemple, à son état de minorité, ou inhérentes à la nature de la chose, par exemple, à son caractère de dotalité.

Que si la condition vient à défaillir, comme le créancier est alors réputé propriétaire *ab initio*, il peut de même opposer toutes les causes de suspension attachées soit à sa personne, soit à la qualité de la chose dans ses mains.

34. Les effets rétroactifs de la condition résolutoire accomplie ou défaillie conduisent encore à ces conséquences. Une femme a vendu sous condition résolutoire un immeuble. Plus tard elle se marie sous le régime dotal avec constitution de biens présents, ou sous le régime de la communauté de tous biens présents, ou sous le régime dotal, avec constitution seulement de ses biens à venir. La condition résolutoire s'accomplit; l'immeuble rentré dans ses mains sera, ou dotal, ou compris dans la communauté, ou paraphernal, suivant le régime adopté. C'est qu'il est censé n'être jamais sorti de ses mains. Tel est le cas de l'exercice d'une faculté de rachat (3),

(1) Troplong, *Prescript.*, n° 800. — Toullier, t. 5, n° 151. — Zachariæ, t. 5, pag. 179. — Duranton, t. 8, n° 179.

(2) Toullier, t. 6, n° 563.

(3) Troplong, *Vente*, n° 775.

d'une rescision pour lésion (1), et toute autre révocation, *ex causâ primævâ et antiquâ,* pour une cause ancienne et originelle. La chose reprend, en un mot, toutes les qualités qu'elle avait avant l'acte, ou qu'elle aurait eues, si l'acte n'avait pas existé.

Si, au lieu d'une vente, nous supposons une acquisition sous condition résolutoire, et que la condition vienne à défaillir, nous arrivons aux mêmes résultats. La femme sera censée propriétaire pure et simple dès l'instant du contrat.

La rétroactivité de la condition fait encore que l'immeuble aliéné sous condition résolutoire par le mari ou le tuteur, avant le mariage ou la tutelle, est grevé de l'hypothèque légale, la condition s'accomplissant, comme s'il n'avait pas cessé d'être propriétaire; et, *vice versâ*, qu'il est grevé de la même hypothèque en cas d'achat, la condition défaillant, comme s'il avait été acquéreur pur et simple.

35. Dans notre commentaire de l'article 1181, nous avons eu à examiner plusieurs conséquences analogues de la défaillance ou de l'accomplissement de la condition suspensive. Qu'il nous suffise d'y renvoyer le lecteur. Aussi bien, comme nous l'avons déjà fait observer, la condition résolutoire peut-elle, en retournant les positions des personnes, se changer en condition suspeusive, du moins sous ce point de vue.

36. La condition résolutoire casuelle, mixte ou potestative opère de plein droit, soit qu'elle manque, soit qu'elle s'accomplisse. Les effets de sa défaillance ou de son accomplissement se produisent immédiatement, *ipso jure*, par le ministère seul de la loi. Ce n'est pas qu'on ne puisse contester qu'elle est accomplie ou défaillie ; car on peut plaider sur toutes choses, même sur celles qui semblent le moins susceptibles de discussion. Mais le débat n'aura pour objet qu'une simple vérification, une question de fait; la condition est-elle accomplie, est-elle défaillie, est-elle encore en suspens? S'il est vérifié

(1) TOULLIER, t. 12, n° 190. — TROPLONG, *Société*, n° 273.

qu'elle est accomplie ou défaillie, il ne reste plus qu'à examiner, en droit, quelles en sont les conséquences. Eh bien, elle aura opéré de plein droit, par la seule force de la loi, sans que le juge puisse en ajourner les effets légaux, rien y ajouter, rien en retrancher (1).

37. Les parties pourront sans doute les modifier, tenir la condition pour accomplie quand elle est défaillie, ou la tenir pour défaillie quand elle est accomplie, ou bien enfin restreindre ou proroger le terme de son accomplissement, qu'il soit ou non expiré. Mais ces modifications ne peuvent résulter que d'une convention particulière; et ce qu'il y a surtout de remarquable lorsque la condition est déjà accomplie ou défaillie, c'est que ce n'est plus l'ancien contrat, c'est un contrat tout nouveau et tout différent. L'ancien contrat a, pour ainsi dire, fait son temps. L'accomplissement ou la défaillance de la condition ayant opéré de plein droit, il ne reste plus rien du contrat primitif conditionnel. Il a cessé d'exister, si la condition résolutoire s'est accomplie; il est purifié, si elle est défaillie; et tout cela s'est fait de plein droit.

Il en résulte des conséquences graves à l'égard des tiers. Le Code Napoléon nous en fournit un exemple remarquable en cas de vente sous faculté de rachat. Le terme fixé pour l'exercice de réméré est de rigueur et ne peut être prolongé par le juge (1661); d'où il suit que, faute par le vendeur d'avoir exercé le réméré dans le terme prescrit, l'acquéreur demeure propriétaire irrévocable (1662). Ce n'est pas que l'acquéreur ne puisse renoncer au bénéfice du terme expiré sans que le rachat ait eu lieu, c'est-à-dire sans que la condition résolutoire ait été accomplie; qu'il ne puisse enfin, par une convention particulière, accorder un nouveau délai pour l'exercice du rachat.

Mais comme, à défaut du réméré dans le délai primitivement fixé, la condition résolutoire est défaillie de plein droit, et que l'acquéreur est devenu en conséquence propriétaire

(1) Toullier, t. 6, n°s 553 et 554.

irrévocable, il ne s'est dépouillé de ses droits ainsi irrévocablement acquis, que par une véritable revente, et non par l'accomplissement de la condition résolutoire originaire. Si donc des tiers ont acquis de lui des droits sur la chose soumise à la faculté de rachat, dans la prévision que cette faculté ne serait pas exercée, ils pourront, nonobstant toute renonciation de la part de l'acquéreur, et toute prorogation de délai accordée par lui pour l'exercice du réméré, opposer la défaillance de la condition résolutoire, pour faire maintenir les droits qui leur ont été concédés. Si l'acquéreur leur a vendu la chose, *pendente conditione*, s'il leur a consenti sur elle des servitudes, des hypothèques ou autres droits réels qui se seraient évanouis par l'accomplissement normal de la condition résolutoire, ils conserveront tous ces droits; et le rachat exercé par le vendeur, par suite de la convention spéciale intervenue entre lui et l'acquéreur, ne pourra leur préjudicier. Les droits par eux acquis et purifiés par la défaillance de la condition seront maintenus en leur faveur, comme si les parties s'en étaient tenues aux termes du contrat primitif (1).

38. Avant même l'expiration du terme convenu, une prorogation de délai peut être accordée par l'acquéreur. Le délai primitif est-il de deux ans, il peut être prorogé avant qu'il soit expiré à trois, à quatre, à cinq années. De même, le délai originaire porté ou réduit à cinq ans, peut, après un an, deux ans, être prorogé encore à cinq années. Ce n'est pas là, quoi qu'on puisse dire (2), renoncer d'avance à une prescription. Il ne s'agit pas en effet de prescription, mais de déchéance simple, à défaut d'exercice de son droit dans un délai rigoureusement déterminé par une convention. Or pourquoi ce délai ne pourrait-il pas être indéfiniment renouvelé par des prorogations successives, qui ne dépassent jamais le terme de cinq années, le plus long qui puisse être légalement convenu?

(1) TROPLONG, *Vente*, n° 711. — DURANTON, T. 16, n° 399.
(2) Voy. TROPLONG, *ibid.* — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 540. — DUVERGIER, *Vente*, T. 2, n° 26.

Ceci se pratique tous les jours sans qu'on songe à le contester (1). L'article 815, en autorisant le renouvellement d'un délai analogue, fournit un argument décisif en faveur de cette opinion. Il ne dit pas en effet que pour le renouveler il faille attendre l'expiration du premier délai de cinq ans. On peut le faire auparavant, pourvu qu'il n'y ait pas plus de cinq années à courir du jour du renouvellement (2). Pourquoi ne pas appliquer au rachat les mêmes règles qu'au partage? En ne laissant la propriété incertaine, dans un cas comme dans l'autre, que pendant cinq ans, en ne donnant à leur convention d'autorité que pour ce délai, les parties ne demeurent-elles pas toujours dans le véritable esprit de la loi?

Supposons donc qu'avant cette prorogation l'acquéreur ait éventuellement, pour le cas où le rachat ne serait pas exercé, aliéné l'immeuble, ou qu'il l'ait grevé d'hypothèques et de servitudes. Les droits des tiers devront être maintenus, si le rachat n'a pas été exercé dans le terme originairement fixé, comme s'il n'avait été prorogé qu'après son expiration, c'est-à-dire après la défaillance de la condition résolutoire, et la purification de son acquisition. En concédant des droits à des tiers, il l'a fait dans la mesure de ses droits actuels, et plus tard il n'a pu les modifier à leur préjudice (3).

Si les droits concédés aux tiers l'avaient été à une date postérieure à la prorogation du délai, et que le rachat n'eût été exercé qu'après l'expiration d'un délai primitivement fixé, nous pensons, malgré les hésitations de M. Duranton (4), que leurs droits s'évanouissent par l'accomplissement de la condition résolutoire. L'acquéreur n'a pu en effet leur transmettre plus de droits qu'il n'en avait lui-même au moment du contrat. Or ses droits étaient alors modifiés par la prorogation de délai qu'il avait accordée pour l'exercice du réméré. En vain dirait-on que cette prorogation n'est qu'une contre-lettre à

(1) Duranton, t. 16, nos 397, 398.
(2) Duranton, t. 7, n° 78. — Toullier, t. 4, n° 406.
(3) Duranton, t. 16, n° 399. — Zachariæ, t. 2, pag. 540, nte 4.
(4) *Ibid.*

l'égard des tiers. A ce compte-là, on ne pourrait plus modifier efficacement à leur égard les contrats une fois arrêtés. Telle ne saurait être la théorie des contre-lettres, ainsi que nous l'expliquerons plus loin.

Ajoutons que, pour être opposable aux tiers, la prorogation du délai doit avoir une date certaine, conformément à l'article 1328.

Si le délai avait été, au contraire, abrégé, et que la condition fût ainsi défaillie, les tiers dont les titres seraient antérieurs pourraient, nonobstant cette convention faite entre le vendeur et l'acquéreur, et sans avoir besoin d'en établir la fraude, opérer le rachat en exerçant eux-mêmes les droits du vendeur (1166), et faire valoir ainsi les droits de propriété, de servitudes, d'hypothèques à eux concédés, *pendente conditione*, pourvu d'ailleurs que le rachat eût lieu dans le délai originaire. Les tiers en faisant ainsi rentrer, en ce qui concerne leurs intérêts, la chose dans le patrimoine du vendeur, donnent notamment une assiette à leur droit hypothécaire.

Ce que nous venons de dire du cas où la condition résolutoire est défaillie, il faut l'appliquer également au cas où elle est accomplie. Les raisons sont les mêmes. Ainsi, je vous vends ma maison sous la condition résolutoire, si je me marie dans l'année. Je me marie ; la résolution s'est opérée de plein droit. Les tiers auxquels j'avais, *pendente conditione*, concédé des droits sur ma maison, dans l'éventualité de la résolution, les conserveront, nonobstant toute renonciation par laquelle nous aurions considéré entre nous la résolution comme non avenue. Ils les conserveront du moins, suivant les distinctions de dates que nous avons posées plus haut.

Si, au contraire, à défaut de mariage dans l'année, nous avions tenu la condition résolutoire pour accomplie, les tiers à qui l'acquéreur aurait concédé des droits pourraient les faire valoir de la même manière.

Nous concluons qu'on ne peut, en un mot, au préjudice des droits concédés aux tiers, *pendente conditione*, pas plus re-

noncer à l'accomplissement qu'à le défaillance de la condition résolutoire (1).

Tout ce que nous venons de dire est également applicable à toutes les autres conditions résolutoires qui opèrent de plein droit, soit par l'effet de leur nature propre, soit par l'effet d'une clause spéciale, notamment aux conditions résolutoires tacites qui, en vertu d'une clause particulière, doivent entraîner la résolution de plein droit. Elles ne peuvent être modifiées après coup au préjudice des droits acquis aux tiers.

Enfin, comme les conditions suspensives opèrent elles-mêmes de plein droit, et qu'elles peuvent, sous ce rapport, se retourner en conditions résolutoires, il convient d'en déterminer les effets sur ce point, par les mêmes principes.

39. S'agit-il d'une condition résolutoire tacite qui ne doit pas entraîner résolution de plein droit, celui en faveur de qui elle existe peut, par une convention spéciale, en modifier les éléments, tant que la résolution ne lui est pas définitivement acquise par l'effet d'un jugement ou d'une mise en demeure, dans les cas où ces actes sont nécessaires ou suffisants. Mais voici comment : je vous vends tel domaine cinquante mille francs ; le non payement du prix est la condition résolutoire sous-entendue dans le contrat. Mais cette condition n'opère pas de plein droit la résolution (1654, 1655). Tant qu'elle n'est pas prononcée définitivement, je puis changer les termes de payement, proroger les pactes, vous accorder des facilités et des atermoiements, modifier les éléments de la condition résolutoire. Les tiers à qui j'aurai, à une date postérieure, concédé sur le domaine vendu des droits éventuels et subordonnés à la résolution de la vente, ne pourront s'en plaindre, puisque leurs titres sont postérieurs.

Mais, quant à ceux à qui j'aurai, à une époque antérieure, soit aliéné, soit hypothéqué le domaine, vous ne pourrez et je ne pourrai moi-même leur opposer la convention postérieure modifiant le contrat primitif. Ils ont en effet acquis des droits

(1) Voy. TOULLIER, T. 6, nos 572, 573.

que par mon fait je ne puis altérer, des espérances légitimes que je ne puis frustrer. Les droits éventuels que j'avais sur l'immeuble, je les leur ai transmis tels quels, dans la proportion exacte du titre de translation consenti en leur faveur. Or notre convention postérieure, si elle était exécutée à leur égard, leur porterait atteinte. Ils pourront donc agir en résolution, en mon lieu et place (1166), en vertu du contrat primitif, abstraction faite de toutes modifications ultérieures, et se prévaloir de l'inexécution de vos engagements, comme si je ne l'avais nullement autorisée. C'est, quant à eux, *res inter alios acta*. Car je n'ai pu le faire qu'en ce qui me concernait, et non au préjudice des droits spéciaux que je leur avais transmis. A plus forte raison, n'aurai-je pu renoncer au bénéfice de la condition résolutoire encore pendante.

40. Telle est la rigueur du droit; mais on comprend que, si les tiers avaient donné leur adhésion, expressement ou tacitement, à la convention ultérieure qui modifie, quant à son évènement ou ses conséquences, la condition résolutoire expresse ou tacite, ils seraient mal fondés à s'en plaindre. Ils se plaindraient alors de leur propre fait.

Nous devons également ajouter que, si les facilités et atermoiements accordés à l'acquéreur étaient tels que les tribunaux eux-mêmes eussent pu et dû les lui accorder (1184, 1655), il en jouirait, non pas en vertu de la convention, mais en vertu du jugement rendu sur l'instance en résolution, qui se les approprie en les consacrant, et même en les augmentant, s'il y a lieu.

41. Quoi qu'il en soit, et sous la réserve des droits des tiers, les conventions dont nous venons d'apprécier les effets à leur égard, doivent recevoir leur complète exécution entre les parties qui les ont faites.

Si même elles avaient eu pour conséquence de faire défaillir la condition résolutoire, qui autrement eût été accomplie, celui qui, de bonne foi, en aurait éprouvé un dommage, pourrait en poursuivre la réparation. Ainsi, comptant sur la proroga-

tion du délai, le vendeur néglige d'exercer le rachat; un tiers sous-acquéreur de l'acquéreur primitif se présente et l'évince, ou bien réclame une hypothèque, une servitude. Si le vendeur a été induit en erreur et a laissé, en conséquence, défaillir la condition résolutoire, il a droit à une réparation contre l'acquéreur, qui ne lui aura pas fait connaître les droits qu'il avait auparavant concédés à des tiers, et les risques courus par lui en s'en reposant sur une prorogation de terme. Ce sera donc réellement un cas de garantie.

De même, si le vendeur avait, avant le terme fixé, renoncé au rachat, c'est-à-dire tenu la condition résolutoire pour défaillie, et qu'un tiers se présentât ensuite, dans le délai originairement fixé, pour exercer le rachat, au nom et à la place de son débiteur, et pour faire valoir les droits qu'il tient de lui, l'acquéreur aurait contre le vendeur la même action en garantie.

Ainsi des autres cas de conditions résolutoires expresses ou tacites, chaque fois que la convention postérieure ne pouvant s'exécuter au préjudice des tiers, fait souffrir de leur part à celui par qui elle a été faite de bonne foi, une éviction, un dommage quelconque.

Mais les juges auront à vérifier l'influence de cette convention sur l'événement de la condition résolutoire, soit pour sa défaillance, soit pour son accomplissement. Car s'il est vérifié qu'elle n'en a exercé aucune, que les choses se seraient passées sans elle de la même manière, il n'y a pas préjudice causé par elle, et point de réparation due; par exemple, si, nonobstant la prorogation de délai, le rachat n'avait pas dû avoir lieu dans le délai primitif, ou si, nonobstant l'atermoiement, le prix n'avait pas dû être payé à l'échéance.

42. On ne peut enfin, au préjudice des droits acquis antérieurement aux tiers, changer un contrat pur et simple en un contrat conditionnel. Tel serait le cas d'une faculté de rachat stipulée après coup, et après que l'acquéreur aurait concédé des droits sur la chose, par actes ayant date certaine. Ce n'est

plus en effet l'exercice d'une condition résolutoire, mais une vraie revente avec toutes ses conséquences de droit. Le vendeur sera donc tenu, en retirant la chose, des aliénations et hypothèques antérieures concédées aux tiers (1).

On ne saurait, par les mêmes raisons, modifier la condition résolutoire tacite qui n'opère pas de plein droit, en lui substituant une autre condition qui agit de plein droit, sans acte ni mise en demeure préalable, par la seule échéance du terme. Les tiers qui auraient acquis des droits antérieurs pourraient, malgré cette clause, payer au nom de l'acquéreur (1166), et échapper ainsi aux conséquences de la résolution, comme si la condition n'avait point été modifiée (2).

43. Nous nous sommes principalement attaché jusque-là à montrer les effets de la condition résolutoire accomplie, à l'égard des tiers. Nous devons maintenant en examiner les effets entre le débiteur et le créancier.

Elle remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Elle oblige le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'évènement prévu par la condition arrive. Telles sont les dispositions de l'article 1183; et il en résulte, surtout entre les parties, des conséquences faciles à saisir.

Il ne saurait se présenter aucune difficulté quant à la restitution de l'objet principal que le créancier a reçu. Notre article est formel à cet égard.

Il n'y en a pas davantage, quant à la restitution de ce que le débiteur a reçu lui-même, dans le cas où la résolution frappe sur un contrat commutatif. Si l'une des parties retenait quelque chose, à moins de convention spéciale, elle le retiendrait sans cause; car la résolution du contrat détruit toute cause de payement, et les effets en sont réciproques (3).

Si l'une des parties n'avait encore rien payé au moment où

(1) POTHIER, *Vente*, nos 431, 432. — DOMAT, liv. 1, tit. 2, sect. 12, no 8. — TOULLIER, t. 6, no 578. — ZACHARIÆ, t. 2, pag. 304, nte 43.

(2) TOULLIER, t. 6, no 580.

(3) DOMAT, *Lois civiles*, liv. 1, tit. 6, sect. 1, no 10.

la condition résolutoire s'accomplit, l'autre n'aurait sans doute rien à restituer. Il suffit, dans ce cas, que son obligation soit considérée comme non avenue; il n'y a pas en effet d'autre mode de restitution possible en sa faveur, puisque, n'ayant rien payé, elle n'a rien à reprendre.

44. Les parties peuvent, au surplus, régler par prévision, comme elles l'entendent, les effets de la résolution de leur contrat, en ce qui touche les restitutions qu'elles peuvent avoir, dans ce cas, réciproquement à se faire. Leur convention tiendra lieu de loi entre elles à cet égard. Aussi, n'est-ce qu'en l'absence de toute clause spéciale, que nous posons ici les règles générales, suivant lesquelles ces restitutions doivent être opérées.

45. Si la question est sans difficulté pour l'objet principal qui a été reçu, il n'en est pas de même pour les accessoires. Ces accessoires sont en effet de diverse nature, et semblent conséquemment recevoir l'application de règles différentes.

Nul doute d'abord que les accessoires qui ont été livrés avec le principal, ne doivent être restitués avec lui. Ils en sont en effet une partie intégrante, ils sont le principal lui-même.

Que doit-on décider quant aux fruits perçus *pendente conditione?* La question se résout par le seul principe de la rétroactivité. Il importe peu dès lors qu'il s'agisse d'une condition résolutoire casuelle ou potestative (1), du moment que son accomplissement produit des effets également rétroactifs, sans qu'il y ait à examiner aucune question de bonne ou de mauvaise foi. A moins de clauses ou de dispositions exceptionnelles dans le contrat ou dans la loi, nous posons donc cette règle générale : lorsque le contrat est résolu, les fruits doivent être restitués avec la chose principale, soit en nature, soit en équivalent. Si, en effet, cette restitution de fruits n'avait pas lieu, il ne serait pas vrai que la résolution remette les parties au même et semblable état que si l'obligation n'avait pas existé.

(1) *Contrà*, Troplong, *Donat.*, n° 295.

Toutes les traces n'en seraient pas effacées ; elle aurait encore produit, malgré sa résolution, des effets qui dureraient entre les parties. Ces conséquences répugnent aux dispositions de l'article 1183 (1). Ainsi, l'acquéreur évincé par suite de l'action hypothécaire, ne doit pas les intérêts de son prix, mais seulement les fruits perçus par lui, dont il est rendu compte, suivant les articles 129 et 526, C. pr., sauf le cas où le juge serait mis à même d'en faire immédiatement la liquidation, et de les compenser avec les intérêts du prix, à l'aide des divers éléments du procès (2).

Mais ces effets rétroactifs de la condition résolutoire accomplie se restreignent aux contractants ou à leurs ayants-cause, et ne sauraient préjudicier aux droits des tiers qui se seraient valablement libérés, entre les mains de l'acquéreur, des fruits et des produits de la chose, *pendente conditione*. Comme ils ont payé celui qui était en possession du droit de recevoir, et cela de bonne foi, le vendeur ne peut, après la résolution, exercer contre eux aucun recours ; il n'a d'action en restitution des fruits et produits de la chose que contre celui qui les a reçus (3).

46. Lorsque la résolution est prononcée contre une partie, pour inexécution de ses engagements, chaque partie doit également restituer ce qu'elle a reçu, comme s'il s'agissait de toute autre condition résolutoire. S'agit-il d'une vente, l'acquéreur doit restituer la chose et les fruits (4). De son côté, le vendeur doit tenir compte du prix ou de la portion de prix touché par lui, en capital et intérêts, sans préjudice des dommages et intérêts qui peuvent lui être dus (5).

Voici, par exemple, une espèce qui s'est présentée. Je vous vends une propriété grevée d'usufruit. Vous me payez une

(1) TOULLIER, T. 6, n° 563. — DURANTON, T. 11, n° 94.
(2) Cass., 10 avril 1848. SIREY, 48, 1, 357.
(3) Cass., 18 juill. 1854. SIREY, 55, 1, 36.
(4) L. 5, *ff. De leg. comm.* — TROPLONG, *Vente*, n° 652.
(5) TROPLONG, *ibid.* — TOULLIER, T. 6, n° 563. — DURANTON, T. 16, n° 366.

partie du prix; le reste est ou non productif d'intérêts. Enfin je poursuis et obtiens contre vous, à défaut de payement, la résolution de la vente. Moi vendeur, rentrant dans ma nue-propriété, je dois vous restituer, outre le prix principal que j'ai reçu, les intérêts qu'il a produits dans mes mains, et ceux que j'ai touchés pour la partie non payée. Si la vente n'avait jamais eu lieu, j'aurais ma nue-propriété, ni plus ni moins; vous, acquéreur, vous auriez le capital et ses intérêts. La résolution doit donc nous remettre dans cette situation. Nous ne croyons pas en effet que, dans ce cas, le vendeur puisse retenir les intérêts. En vain objecte-t-on que l'acquéreur de la nue-propriété a eu des fruits, non en nature, mais représentés par les chances d'extinction de l'usufruit à son profit, chances incessamment croissantes, tant que le contrat subsistait; qu'il est juste dès lors qu'il ne réclame point des intérêts qui se sont compensés avec cette représentation fictive des fruits.

Cette objection repose sur la supposition d'un fait qui n'existe pas, à savoir, sur le maintien de la convention. Sans doute, les intérêts payés par l'acquéreur se compenseraient, dans ce cas, avec ces chances d'extinction, et cette compensation ne serait que la conséquence du caractère aléatoire du contrat. Mais quand il est résolu, on ne peut dire que cette compensation ait eu lieu au profit de l'acquéreur. Par suite de la résolution, toutes les chances d'extinction se sont, au contraire, accrues au profit du vendeur, qui reprend sa nue-propriété à une époque plus rapprochée de sa consolidation. C'est lui qui désormais doit en profiter; c'est donc à lui de rendre compte à l'acquéreur de cette plus-value de la nue-propriété, en lui restituant les intérêts du prix, comme équivalent des chances accrues de l'extinction de l'usufruit. Si cette restitution n'avait pas lieu, il gagnerait doublement, en ce qu'il aurait sa chose telle qu'il l'aurait, s'il ne l'avait pas vendue du tout, et de plus une somme d'intérêts, quand sa nue-propriété n'aurait produit aucuns fruits dans ses mains (1).

(1) *Contrà*, Douai, 10 déc. 1841. Sirey, 45, 2, 206.

Mais, comme le vendeur a droit à des dommages et intérêts, il peut être autorisé, à ce titre, à garder les intérêts perçus ou courus.

Ce que nous disons du vendeur et de l'acquéreur, il faut l'appliquer au donateur et au donataire avec charges dont l'inexécution a entraîné la révocation de la donation, et à tous les autres cas semblables de résolution pour inexécution des engagements.

Il est vrai que, par exemple, le vendeur obligé de poursuivre la résolution pour défaut de payement du prix, peut avoir intérêt à ne pas obtenir une restitution de fruits, à la charge par lui de faire raison des intérêts du prix à l'acquéreur. Si l'on suppose en effet la chose vendue cher ou toute sa valeur, les intérêts excéderont les fruits. Ainsi, le vendeur payera des intérêts à cinq pour cent, quand les fruits ne vaudront que deux, deux et demi, trois pour cent. Ce mode de restitution peut donc lui causer préjudice. A cela, nous répondrons qu'il doit subir les conséquences de la résolution qu'il poursuit; qu'il n'est pas possible que la vente soit résolue, et qu'en même temps il y ait un prix dont les intérêts soient dus.

47. Mais ce qui fait disparaître toute injustice, ce qui donne du moins les moyens de la réparer, c'est le droit que le vendeur a de demander, et que les tribunaux ont de lui adjuger des dommages et intérêts. Par là il pourra toujours obtenir la juste réparation du préjudice causé; il n'y aura qu'à lui accorder des dommages et intérêts suffisants pour équilibrer les intérêts qu'il rend avec les fruits qu'il reçoit, s'il n'existe d'ailleurs d'autres causes de dommage (1).

48. Les tribunaux ont encore un droit dont l'exercice est discrétionnaire; c'est de compenser les fruits avec les intérêts. Mais ils ne doivent en user que comme d'une équitable compensation, plutôt de fait que de droit, destinée à abréger les contestations et à ménager les intérêts de toutes parties.

(1) TROPLONG, *Vente*, nos 652, 653. — DURANTON, T. 16, no 366.

Trop souvent les juges s'en emparent, à raison de sa commodité même. Il est bon de les prémunir contre une tendance qui pourrait leur faire oublier quelquefois les effets légaux de la résolution, et les porter à ne l'appliquer à la partie dont la position est la plus favorable, qu'en ce qu'elle a d'avantageux pour elle, et à l'autre partie, qu'en ce qu'elle a contre elle de blessant et de rigoureux.

Lorsque la résolution a été déclarée, ils doivent ensuite en reconnaître toutes les conséquences; et si, en la prononçant, ils n'ont rien statué sur le mode et les éléments du compte, ils ne sauraient, dans la liquidation à faire ultérieurement entre les parties, dispenser celui qui reprend sa chose de rendre le prix qu'il a reçu avec les intérêts, sous prétexte qu'ils excèdent la valeur des fruits; ni, *vice versâ*, dispenser celui qui restitue la chose de la rendre avec les fruits (1). Néanmoins, comme il n'y a rien de jugé à cet égard, ils peuvent toujours évaluer les fruits dans le sens d'une équitable compensation, et en ayant soin de la motiver par les faits de la cause.

49. Si les fruits étaient offerts restituables en nature, ou que le possesseur n'en eût encore perçu aucuns, tout prétexte manquerait à cette compensation entre les fruits et les intérêts. Il convient alors de s'en tenir à la rigueur des principes, sans préjudice des moyens qu'ont les juges de satisfaire aux exigences de l'équité, en accordant des dommages et intérêts, s'il y a lieu.

50. Quand nous parlons de restitution d'intérêts, nous supposons ou que celui qui rentre dans la propriété de sa chose en a touché lui-même, ou que des fruits lui sont restitués. Car si la chose n'était pas productive de fruits, ou qu'il n'eût perçu aucun intérêt, il n'y aurait pas à faire raison des intérêts de la somme même payée. Je vous vends, par exemple, un cheval, un diamant, des meubles. Plus tard, la vente est résolue faute

(1) TROPLONG, *Vente*, n° 653.

de payement. Vous me restituerez la chose, avec dommages et intérêts, s'il y a lieu. Quant à moi, je vous restituerai, sans intérêt, ce que j'aurai reçu sur le capital. Mais si vous m'aviez payé des intérêts, j'aurais à vous les restituer en sus, à moins que ces intérêts ne fussent considérés comme l'équivalent convenu de la jouissance de la chose. L'absence de fruits empêche en effet toute compensation, sauf aux juges à accorder des dommages et intérêts, et à autoriser le vendeur à retenir, à ce titre, les intérêts perçus.

Quoi qu'il en soit, il ne faut pas assimiler ces espèces à celle où le créancier aurait laissé prescrire des intérêts, et en conséquence ne les aurait pas touchés. Il ne doit pas moins en tenir compte, après la résolution, comme s'il les avait effectivement reçus. Les tribunaux pouvant établir entre les intérêts et les fruits une compensation, il s'ensuit que la restitution des uns emporte la restitution des autres; et le créancier tient compte des intérêts, aussi bien par la voie de la compensation que par celle d'une restitution réelle. Il supporte en définitive les conséquences de sa négligence.

51. Dans le cas où le capital perçu est seul restituable sans intérêts, les intérêts ne peuvent conséquemment courir qu'en vertu d'une demande régulièrement formée; et, par demande, nous n'entendons pas la demande en résolution, mais des conclusions formellement prises à cet égard, soit dans le cours de l'instance en résolution, soit après. Mais il faut remarquer que, malgré la demande, les intérêts ne devront courir que du jour où la somme restituable sera exigible, c'est-à-dire du jour où la partie qui y a droit aura elle-même régulièrement offert ou restitué ce qu'elle a reçu. Car, à moins de renonciation, le droit de rétention proroge l'exigibilité.

52. Sauf le cas de vente sous faculté de rachat, où le remboursement est le mode même de l'exécution de la condition (1673), aucune des parties, lorsque la résolution a lieu, n'a à tenir compte à l'autre de ce qu'elle a pu payer, de droit ou par convention, pour frais et loyaux coûts du contrat. Ce que cha-

cune d'elles a payé demeure à sa charge, sans répétition contre l'autre. C'est un fait qui reste en dehors des conséquences de la résolution. Elles en ont eu effet couru l'une et l'autre les risques volontairement, et accepté la situation qu'elles ont commencé par se faire, comme un fait définitivement accompli. D'ailleurs, aucune d'elles n'a profité de ce que l'autre a payé (1).

Il s'ensuit également que chacune d'elles doit acquitter les frais et loyaux coûts relatifs à la part de restitutions respectives qui la concerne. Sur ce point elle est débitrice, comme l'autre l'est à son égard. Elles ont donc chacune un payement à se faire, dont les frais doivent demeurer respectivement à leur charge, à moins de convention contraire (1248). Quant aux frais communs, ils se partagent.

Mais il en est autrement dans le cas de conditions résolutoires tacites pour inexécution des charges, parce que celui qui fait résoudre a droit à la réparation du dommage causé, et doit être parfaitement indemne; et ainsi dans les cas de nullité, de rescision pour un vice qui tient à un fait dommageable, parce que les droits du demandeur ne seraient pas sauvegardés, s'il était obligé de payer quelque chose pour être remis au même et semblable état qu'avant la convention. L'autre partie a du reste à s'imputer, soit une imprudence, soit une faute, soit un acte de mauvaise foi caractérisée. Il est donc juste, dans ce cas, que les conséquences de la nullité ou de la rescision demeurent à sa charge (1621, 1646).

53. L'immeuble rentrera, par l'effet de la condition résolutoire, dans les mains de celui qui l'avait aliéné, avec toutes les servitudes actives, momentanément éteintes par la confusion. Ainsi, j'achète sous condition résolutoire un fonds qui a une servitude sur l'un de mes héritages. La résolution a lieu; la servitude renaît en faveur du fonds dominant que j'avais acquis. Si même j'avais commencé à prescrire cette servitude

(1) DURANTON, t. 11, n° 86.

par le non usage, avant mon acquisition, je ne pourrais joindre au non usage antérieur le non usage résultant de la confusion, pour compléter les trente années de la prescription. Car le propriétaire du fonds dominant étant, par cette confusion, dans l'impossibilité et sans intérêt d'agir en reconnaissance de la servitude, la prescription a été tout naturellement suspendue vis-à-vis de lui (1).

Si, au contraire, j'avais acquis un fonds qui dût une servitude à l'un de mes héritages, cette servitude renaîtrait en ma faveur, après la résolution de l'acte. Cet évènement, en dissipant la confusion momentanée, remet en effet les choses au même état qu'auparavant. L'article 2177 contient l'application de cette règle au cas particulier d'adjudication faite sur le tiers-détenteur, ou de délaissement opéré par lui. Les servitudes et autres droits réels renaissent donc tant activement que passivement, par l'effet de la résolution, nonobstant la confusion qui les a provisoirement éteints.

54. C'était autrefois une question controversée, que de savoir si le bénéfice de l'alluvion devait appartenir à l'acquéreur sous faculté de rachat, ou bien au vendeur exerçant le retrait. Pothier (2) veut qu'il profite à l'acquéreur, parce que le rachat n'opère que pour l'avenir, et qu'après tout, l'alluvion s'étant réalisée, *pendente conditione*, l'acquéreur, en restituant l'immeuble tel qu'il était au moment du contrat, ne retient rien de ce qui lui a été vendu.

Nous nous séparons sur ce point du savant et judicieux auteur. Il a tort, suivant nous, en effet, de placer le réméré sur une autre ligne que les actions en nullité ou en rescision, pour en conclure qu'il ne remet pas, comme celles-ci, les choses au même et semblable état que si la vente n'avait pas existé. Le texte de l'article 1183 montre l'erreur de cette opinion, au moins sous le Code Napoléon, à moins qu'on établisse que le

(1) TROPLONG, *Vente*, n° 737. — PARDESSUS, *Servitudes*, n° 300. — DEMOLOMBE, T. 12, n° 987. — *Contrà*, DURANTON, T. 16, n° 411.

(2) *Vente*, n° 402.

réméré n'est pas une condition résolutoire régie par les dispositions générales de l'article 1183; ce qu'on ne réussira jamais à faire, ce qu'on ne saurait même raisonnablement tenter.

Ceci posé, la question relative à l'alluvion se résout d'elle-même pour le cas de rachat, comme pour toute autre condition résolutoire. L'alluvion est en effet une accrue naturelle, un bénéfice inhérent à la propriété même; c'est elle qui l'a acquis; il en est l'accessoire nécessaire; on ne peut donc l'en séparer, pour l'attribuer à un possesseur dont les droits sont résolus, et qui personnellement n'a rien mis de son fait dans l'acquisition d'un accroissement que le fonds a gagné lui-même, par la seule action lente et insensible de la nature. Cette accrue, effet de la propriété, doit donc appartenir à celui qui n'a point cessé d'être propriétaire, par l'effet de la résolution (1).

55. Ainsi du trésor, qui est un émolument, en quelque sorte un produit du fonds, et qui, à ce titre, doit être attribué au propriétaire, à l'exclusion de l'acquéreur dont les droits sont résolus, sauf seulement ses droits comme inventeur (2).

56. Tout ce qui a été uni, incorporé par le possesseur sous condition résolutoire à la chose principale, de manière à ne former avec elle qu'un tout indivisible de fait ou d'intention, doit être restitué avec elle au propriétaire qui, par l'effet de la résolution, rentre dans tous ses droits, sauf indemnité, ainsi que nous allons le voir.

57. Il faut d'abord distinguer entre les impenses et réparations nécessaires, et les impenses et réparations simplement utiles. Le propriétaire qui reprend sa chose est en effet tenu des impenses nécessaires, faites pour la conservation de la

(1) TROPLONG, *Vente*, n° 766. — DELVINCOURT, T. 3, pag. 388. — DURANTON, T. 16, n° 425.

(2) TROPLONG, *Vente*, n° 767. — DURANTON, T. 16, n° 425. — DUVERGIER, *Vente*, T. 2, n° 55. — DELVINCOURT, T. 3, pag. 388. — ZACHARIÆ. T. 2, pag. 572. — *Contrà*, POTHIER, *Vente*, n° 404.

chose, encore qu'elles n'aient point amélioré le fonds. Les dispositions combinées des articles 1673 et 862, relatifs à la vente sous réméré et aux rapports entre cohéritiers, sont applicables à tous les cas de résolution et de révocation.

Quant aux réparations simplement utiles, il ne doit en être tenu compte que jusqu'à concurrence de l'augmentation de valeur qu'elles ont procurée à la chose (1673). Cette disposition doit de même être étendue à tous les autres cas de conditions résolutoires. Il faut observer toutefois que si l'augmentation de valeur était supérieure à la dépense, il suffirait de rembourser celle-ci ; car ce remboursement serait une indemnité complète. Cette plus-value doit s'apprécier au moment où la chose est restituée, et non au moment où l'action est intentée. D'une part, en effet, celui qui reprend la chose n'a pas à tenir compte d'une plus-value antérieurement conférée, si elle a cessé d'exister lors de sa remise effective en possession; d'autre part, il est conforme à l'équité et à la bonne foi, qu'il tienne compte de l'augmentation de valeur produite par les améliorations du détenteur jusqu'au délaissement, parce que, s'il y avait à cette époque une plus-value qui n'eût pas existé auparavant, il s'enrichirait aux dépens d'autrui, puisqu'il en profiterait sans indemnité.

Pour les réparations de simple entretien, elles viennent, en général, en déduction des fruits ; elles sont une charge de la jouissance. Dans l'évaluation des fruits à restituer, il doit donc en être tenu compte. Si cette imputation n'avait pas eu lieu, celui qui est tenu de restituer les fruits pourrait, en conséquence, demander qu'on lui remboursât ses impenses pour entretien. Car, si cette indemnité ne lui n'était pas allouée, il en éprouverait une perte réelle, à l'avantage du propriétaire enrichi d'autant (1).

Que si, par exception, comme au cas de réméré, le possesseur gardait les fruits, il ne pourrait rien demander pour dépensers de simple entretien.

(1) Voy. Zachariæ, t. 2, pag. 542, n[te] 8. — Duvergier, *Vente*, t. 2, n° 49. — Troplong, *Vente*, n° 670.

Il y a des choses qui, sans produire des fruits, offrent une possession d'une utilité appréciable. Tels sont les bêtes de somme, les animaux de travail, de plaisir ou de simple agrément. Les frais de leur entretien se compenseront naturellement avec les avantages que leur possession aura pu procurer. En même temps qu'elle aura eu ses charges, cette possession aura eu ses bénéfices.

58. Quant aux constructions et plantations, il faut appliquer les dispositions de l'article 555, en distinguant les cas où elles ont eu lieu de bonne ou de mauvaise foi. En principe, celui qui détient sous condition résolutoire, n'est point un possesseur de bonne foi; car, connaissant l'imperfection de son titre, il connaît les vices de sa possession. Mais, d'un autre côté, comme la question de bonne foi est une question de fait, on comprend qu'il peut ne pas avoir toujours et nécessairement la connaissance intime du caractère résoluble, révocable ou rescindable de ses droits. Telle peut être la position de l'héritier même du contractant. La nature elle-même de la condition résolutoire peut exercer une grande influence sur la question. S'il s'agit, par exemple, de la condition résolutoire d'une donation pour survenance d'enfant, de la condition résolutoire tacite pour inexécution des charges, et que les constructions, plantations aient eu lieu dans un temps où la résolution n'était ni imminente ni même probable, ces améliorations doivent alors être considérées avec toute la faveur due à la bonne foi.

Que si, au contraire, les constructions et plantations avaient eu lieu dans des circonstances telles que la bonne foi du possesseur fût éminemment suspecte, il pourrait alors être contraint, comme tout possesseur de mauvaise foi, de les enlever à ses frais (555). Tel peut être le cas d'une adjudication résolue par la voie de la folle-enchère. L'adjudicataire évincé par une faute qui se rapproche de la mauvaise foi, peut être reconnu sans droit pour contraindre ses adversaires à garder les constructions et plantations par lui faites, en lui remboursant, soit la valeur des réparations et le prix de main-d'œuvre,

soit le montant de la plus-value (1). Qu'il nous suffise donc de faire de ce point une question de circonstances, dont l'appréciation est livrée aux tribunaux.

Quoi qu'il en soit, si les constructions, plantations, réparations avaient été faites, nous ne disons pas précisément de mauvaise foi, mais dans cet état de doute et d'incertitude que comporte la connaissance d'une condition résolutoire, les tribunaux devraient se montrer fort réservés, lorsqu'il s'agit de les imposer au propriétaire qui rentre dans ses droits. Il faut alors, pour qu'il puisse être contraint à les subir, qu'elles aient été renfermées dans de certaines limites, qu'elles soient telles enfin qu'un propriétaire sage et intelligent, un bon père de famille, en un mot, se fût permis lui-même de les faire.

Si elles étaient excessives et disproportionnées avec les ressources du propriétaire qui, par l'effet de la résolution, reprend sa chose, celui-ci, sauf le cas de bonne foi la plus parfaite de la part du possesseur, ne saurait être, sans injustice, contraint de les accepter, peut-être au prix de sa ruine personnelle. Il y aurait, dans ce cas, de la part du possesseur, une faute, une imprudence qui, en rendant sa bonne foi d'autant plus suspecte, suivant les circonstances, ne peut tourner au préjudice du propriétaire.

Mais celui qui a fait ces constructions, plantations, réparations pourrait les enlever et les distraire, seulement à la charge par lui de réparer les dégradations et détériorations qu'aurait entraînées cet enlèvement, eu égard à l'état primitif de la chose (555) (2).

Il est enfin un moyen de concilier la rigueur du droit avec les principes de l'équité. Et, dans notre pratique, nous en avons plusieurs fois conseillé ou approuvé l'usage. Il s'agit de mettre en vente, contradictoirement avec les ayants-droit, sous forme de licitation et sur mises à prix séparées, le fonds même et les constructions. Chaque partie bonifie alors de la

(1) Bordeaux, 17 janv. 1843. SIREY, 43, 2, 233.

(2) TROPLONG, *Vente*, n° 760. — DELVINCOURT, T. 3, pag. 392.

plus-value résultant des enchères. L'une y trouve le moyen de payer, et l'autre, de recevoir l'indemnité due pour les constructions. Mais il est entendu que cette manière de procéder ne peut être employée que sans préjudice des droits des tiers, des créanciers hypothécaires, par exemple.

59. Celui qui est tenu de restituer, par suite de résolution ou de révocation, peut retenir la possession de la chose, jusqu'à ce qu'il soit satisfait aux restitutions et indemnités qui lui sont dues (1673). Ce droit de rétention constitue dans ses mains une sorte de gage que nous apprécierons plus loin (1). Nous nous bornons à observer ici que ce droit ne se perd que par le désaisissement volontaire ; qu'il peut encore être invoqué après le jugement de résolution, et que même le détenteur violemment évincé pourrait agir en réintégrande contre le propriétaire lui-même. Né de la résolution même, ce n'est en effet qu'après qu'elle est acquise, qu'on peut utilement s'en prévaloir.

60. Le détenteur de la chose est chargé, *pendente conditione*, de veiller à sa conservation, avec tous les soins que comporte la nature du contrat en vertu duquel il possède. Il doit y apporter tous les soins d'un bon père de famille, sauf les cas particuliers spécialement déterminés ou convenus, où il lui suffit d'en prendre ceux qu'il a habituellement pour ses propres affaires. Ainsi, il est tenu de faire toutes les réparations nécessaires destinées à prévenir le dépérissement de la chose; et si, faute par lui de les avoir faites, il en était résulté quelques dégradations, il en serait responsable (2).

Il serait également responsable des servitudes qu'il aurait laissé acquérir, des prescriptions, des usurpations qu'il aurait laissé s'accomplir. Car il est préposé à la garde et à la défense de la chose. Cependant, comme l'ancien propriétaire peut exercer, *pendente conditione*, toutes mesures conservatoires,

(1) Voy. 1186, nos 37 et suiv.
(2) TROPLONG, *Vente*, n° 764.

il faut user modérément, hors les cas graves, de la rigueur de la loi. La faute peut en effet être commune; elle ne sera même imputable qu'à l'ancien propriétaire, lorsque le possesseur l'aura dûment prévenu et mis ainsi en demeure d'agir conservatoirement.

61. A plus forte raison, doit-il réparer le dommage causé directement par son fait ou par sa faute. Il doit même une indemnité pour la diminution de valeur produite par l'usage qu'il a fait de la chose, quand bien même il n'aurait fait que s'en servir suivant sa destination habituelle. Telle serait l'hypothèse d'une vente sous condition résolutoire d'une voiture, d'une machine, d'un objet mobilier quelconque qui s'use et se détériore par le service. Si l'acquéreur, la résolution arrivée, était quitte en rendant la chose dans l'état où elle se trouve, il en retirerait un bénéfice net, puisque sa possession lui aurait procuré, sans charges qui viennent en compensation, les avantages du service et les profits de l'usage.

Mais nous devons poser plusieurs exceptions. Aucune indemnité ne sera due pour la détérioration de la chose par son usage naturel, si cet usage a eu lieu en vertu d'une condition d'essai, ou de toute autre clause spéciale.

Nous exceptons ensuite le cas d'une vente à réméré, parce que le vendeur est maître de retirer ou non sa chose, et qu'il doit rembourser non sa valeur actuelle, mais le prix principal qu'il a reçu (1).

Nous exceptons enfin le cas où la chose s'est épuisée ou détériorée par l'usage, en produisant des fruits qui, par leur restitution ou leur équivalent, indemnisent le propriétaire, comme la machine à vapeur d'une usine, la meule d'un moulin.

62. Mais lorsque la chose, sans profit pour le possesseur, s'est détériorée par la seule action du temps et de la force majeure, le propriétaire doit la reprendre dans l'état où elle se

(1) Pothier, *Vente*, n° 401. — Troplong, *Vente*, n° 738.

trouve, sans avoir droit à des dommages et intérêts. Alors se présente la question des risques que nous allons examiner.

63. On s'est en effet demandé à la charge de qui sont les risques de la chose survenus pendant que la condition résolutoire est en suspens.

Si l'article 1182 contient des dispositions spéciales sur les risques de la chose due sous condition suspensive, nulle part la loi ne s'est particulièrement occupée des risques de la chose due sous condition résolutoire. Nous devons donc suppléer ce silence par les principes généraux du droit.

La condition résolutoire ne suspend point l'exécution de l'obligation. Le contrat produit immédiatement tous ses effets, si d'ailleurs il en est capable. La propriété est ainsi transmise pleinement, parfaitement, sauf résolution. Et déjà l'on pourrait être tenté de mettre les risques de la chose à la charge du créancier, en vertu de la maxime : *res perit domino*. Mais cette propriété est elle-même résoluble. La condition résolutoire, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé (1183). La conséquence naturelle de la rétroactivité de la condition accomplie n'est-elle pas de reporter sur le promettant qui reprend sa chose, les risques qui avaient pesé, *pendente conditione*, sur la tête du stipulant, lequel non seulement n'a plus la propriété, mais encore est censé ne l'avoir jamais eue? Comment les choses seraient-elles remises au même état, si les risques ne retournaient pas au débiteur qui, par l'effet de la fiction légale, n'a pas cessé un seul instant d'être propriétaire? N'est-ce donc pas à lui, et à lui seul exclusivement, qu'on doit appliquer la règle, *res perit domino?*

Si la condition résolutoire vient à manquer, comme alors l'obligation devient pure et simple, les risques survenus, *pendente conditione*, demeurent à la charge du créancier, puisque la propriété lui reste, et qu'il est censé l'avoir eue pleine et définitive, dès l'instant du contrat (1).

(1) DURANTON, T. 11, n° 91.

La question des risques, durant la condition résolutoire, se résout donc par les principes de la rétroactivité, et celui-là en demeure grevé, qui reste ou redevient propriétaire. En un mot, les risques suivent la chose et la propriété.

On a présenté un autre système : on a retourné la condition résolutoire en condition suspensive, et l'on a dit : le créancier sous condition résolutoire se trouve, dans la réalité, débiteur sous condition suspensive ; donc il faut lui appliquer l'article 1182, et dire que les risques sont à sa charge de la même manière.

Nous répondons que l'article 1182 est spécial au cas de condition suspensive ; que ses dispositions sont en désaccord avec le principe de la rétroactivité des conditions ; qu'elles sont même contraires à la raison de droit, *contrà rationes juris*, en ce qui touche l'option qu'elles accordent au créancier, lorsque la chose n'a éprouvé qu'une perte partielle ; que dès lors il serait déraisonnable de conclure une seconde exception d'une première.

Quant à la conversion de la condition résolutoire en condition suspensive, nous observons que si le législateur a pensé que l'accomplissement de la condition suspensive, après la perte totale de la chose, ne pouvait confirmer la convention au moment où son objet n'existait plus, il a pu, il a dû penser qu'au cas de condition résolutoire, la perte de la chose, avant l'accomplissement de la condition, n'était pas du tout faite pour empêcher la résolution du contrat. En effet, les hypothèses sont bien différentes. S'agit-il d'une convention faite sous condition suspensive, on conçoit qu'il ait pu exiger l'existence de son objet à une double époque ; au moment où le contrat se forme, et au moment où il se confirme par l'évènement prévu. Mais lorsqu'il s'agit d'une condition résolutoire, pourquoi exiger que la chose subsiste au moment où l'évènement arrive ? Est-ce que la résolution n'en devient pas, au contraire, plus naturelle et plus simple ? Est-ce qu'enfin on peut dire que la condition résolutoire suppose, à l'envers, un contrat nouveau sous condition suspensive, de telle sorte qu'il

faille l'existence de la chose au moment où la condition ainsi retournée s'accomplit? Il y a là plus de subtilité que de saine raison; non, il ne se forme pas de contrat nouveau que l'évènement confirme; il n'y a qu'une convention primitive que l'évènement résout.

64. Nous avons supposé jusque-là une condition opérant de plein droit, et commune à toutes parties. Supposons maintenant une condition résolutoire telle que le débiteur puisse seul l'invoquer, et qu'il soit autorisé à considérer, suivant son intérêt, la convention comme résoluble, ou comme pure et simple. Je vous vends, par exemple, ma maison, sous la condition résolutoire, si tel évènement arrive; mais je stipule en même temps que je pourrai seul me prévaloir de l'évènement, et opter ainsi, dans tous les cas, pour la résolution ou pour le maintien du contrat. Si la chose est détériorée ou périe, *pendente conditione*, je n'aurai pas d'intérêt à la reprendre, après l'accomplissement de la condition ; j'userai donc de la faculté que je me suis réservée, et opterai pour le maintien de la convention qui, en maintenant la propriété sur la tête de l'acquéreur, laisse en même temps à sa charge les risques qui en sont inséparables.

Nous pouvons prendre pour type de la condition résolutoire que nous supposons, la faculté de rachat. Le vendeur est maître de l'exercer ou non. Il ne consulte que son intérêt. A coup sûr, ce ne pourra être que par erreur qu'il l'exercera, si la chose est périe, ou tellement détériorée qu'elle ne vaille plus la somme à rembourser. L'acquéreur demeure donc propriétaire, puisque la condition résolutoire n'est pas accomplie, et les risques de la chose restent à sa charge.

65. Ceci nous conduit à l'examen des conditions légales de résolution : nous voulons parler de la résolution faute de payement, de la rescision pour lésion, de la nullité pour un vice quelconque. Lorsque, pour ces diverses causes, un contrat est résolu, rescindé ou annulé, les parties sont remises au même et semblable état qu'auparavant; d'où la conséquence

que chacun reprenant sa chose dans l'état où elle se trouve, demeure en définitive chargé des risques encourus, *pendente conditione*, c'est-à-dire en attendant la rescision, la résolution, l'annulation, pourvu toutefois que ces risques soient antérieurs à toute mise en demeure, laquelle peut résulter de la demande elle-même (1139).

66. L'article 1647 pose néanmoins une exception relativement à la vente d'une chose atteinte de vices rédhibitoires. Il porte que la perte arrivée par cas fortuit est pour le compte de l'acheteur. L'action en rescision ou en diminution du prix est alors éteinte. C'est comme s'il y avait eu dès le principe vente pure et simple tout à fait valide. En ce point, le Code Napoléon s'est écarté des principes du droit romain, suivant lesquels la perte de la chose arrivée par cas fortuit n'éteignait point l'action édilitienne (1) Nous ne voyons pas sur quelles bonnes raisons cette innovation peut se fonder. Est-ce la difficulté de constater le vice rédhibitoire après la perte de la chose? Non, car l'article 1647 admet la possibilité de cette constatation, puisqu'il commence par prévoir le cas où la chose est périe par suite de ce vice. Est-ce le défaut d'intérêt de l'acheteur qui aurait également perdu la chose, alors même qu'elle eût été sans vices? Non encore, car l'acheteur a intérêt, soit à la rescision de la vente, soit à une diminution de prix. Pourquoi donc lui enlever le bénéfice des actions qui résultaient en sa faveur de l'imperfection originaire du contrat (2)?

Comme exception, l'article 1647 doit être restrictivement appliqué au cas de perte; si donc la chose n'était périe qu'en partie et simplement détériorée par cas fortuit, l'acquéreur pourrait encore agir en rescision du contrat ou en diminution de prix (1644).

(1) *L.* 47, § 1, *De ædil. edict.*

(2) Voy. Duranton, t. 16, n° 326. — Zachariæ, t. 2, pag. 530, n[te] 53. La loi du 20 mai 1838, art. 7, a adopté néanmoins les dispositions de l'art. 1647.

67. La question des risques se complique, sous certains rapports, de divers éléments qu'il importe d'apprécier. Nous allons voir en effet que les risques sont tantôt à la charge du débiteur qui reprend sa chose, et tantôt directement ou indirectement à la charge de la partie qui la rend. La charge des risques n'est plus alors la conséquence de la propriété, mais la réparation d'un dommage, ou la peine de la mauvaise foi.

Celui qui a promis une chose en vertu d'un contrat résoluble faute de payement, rescindable pour lésion, annulable pour toute autre cause, peut poursuivre ou non la résolution, la rescision, l'annulation du contrat. La condition résolutoire est purement potestative de sa part. Il est ainsi maître de laisser la chose, avec ses risques, entre les mains de son adversaire. Il n'a qu'à prendre conseil de son intérêt. Il poursuivra donc ou ne poursuivra pas, selon les circonstances, l'annulation du contrat.

Alors même que la chose sera périe ou détériorée, il pourra quelquefois, sans danger et sans préjudice, poursuivre la résolution de la convention. Ce sera lorsqu'il aura à réclamer des dommages et intérêts. Voici alors ce qui se passe : la chose rentre avec ses risques, c'est-à-dire dans l'état où elle se trouve, dans les mains de celui qui l'avait aliénée. Mais comme il a droit d'ailleurs à des dommages et intérêts, il compense les risques de la chose avec la réparation du préjudice. Prenons pour exemple l'espèce de la loi 2, *ff. De lege commiss.*: « Une maison est vendue sous la condition qu'il n'y aura pas de vente, si le prix n'est pas payé tel jour. Cette clause doit s'entendre en ce sens, que le vendeur est maître de s'en tenir au marché, parce qu'elle a été stipulée en sa faveur. Autrement, il arriverait, la maison étant périe dans un incendie, que l'acquéreur chargé des risques résoudrait la vente en ne payant pas. » Le vendeur pouvant se faire payer, ne poursuivra donc pas la résolution; et, s'il la poursuit, comme alors il éprouve un dommage de l'inexécution du contrat, il aura droit à des dommages et intérêts, montant de la différence qui existe entre la valeur actuelle de la chose qu'il reprend, et le prix stipulé qu'il n'a pas reçu.

Lorsque la convention aura été rescindée pour lésion, annulée pour un vice quelconqne, le promettant reprendra sa chose dans l'état où elle se trouvera. Mais ce n'est pas à dire qne, dans tous les cas, il doive souffrir de sa perte ou de sa détérioration. Le contrat une fois rescindé ou annulé, la chose a été payée sans cause; d'où la conséquence qu'elle doit être restituée. Or il peut se faire que cette chose ait été reçue de mauvaise foi, c'est-à-dire dans notre hypothèse, stipulée et reçue avec la conscience du vice du contrat. Dans ce cas, les risques de la chose sont directement à la charge du stipulant, comme peine de sa mauvaise foi (1379). Ainsi, je poursuis et j'obtiens l'annulation d'une vente ponr cause d'erreur ou d'incapacité. Si l'acquéreur a ignoré les vices du contrat et reçu la chose de bonne foi, la chose m'est tout simplement rendne dans l'etat où elle se trouve, et elle est périe ou détériorée pour mon compte. Si l'acquéreur a reçu de mauvaise foi, par exemple, s'il a été complice de mon erreur, s'il a connu mon incapacité, s'il s'est rendu coupable envers moi de dol ou de violence, alors il est garant de la perte et des dégradations de la chose arrivées même par cas fortuit, à moins qu'il ne prouve que la chose fût également périe ou dégradée dans mes mains (1302). On voit que, dans ce cas, la charge des risques n'est plus la suite de la propriété, mais la conséquence de la mauvaise foi de celui qui a reçu et stipulé, laquelle équivaut de droit à une mise en demeure.

68. Il ne nous reste que fort peu de choses à dire sur la rétroactivité des conditions accomplles. Nous ferons observer d'abord que les parties peuvent en modifier les effets légaux, tant en ce qui concerne leurs rapports respectifs, qu'en ce qui concerne les intérêts des tiers. Toute clause particulière par laquelle elles y auraient dérogé, devrait recevoir sa pleine et entière exécution, sans préjndice des droits antérieurement acquis aux tiers auxquels cette modification à l'obligation primitive porterait atteinte (1).

(1) Voy. *suprà*, nos 37 et suiv.

69. La loi a elle-même modifié, dans son application à certaines conditions résolutoires, le principe de la rétroactivité. De là deux sortes de résolutions : l'une suivant laquelle l'ancien maître rentrant dans sa propriété est censé ne l'avoir jamais perdue, aussi bien à l'égard des tiers qu'à l'égard de l'autre partie, en vertu de la maxime que nul ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même. C'est la résolution que les docteurs appellent *ex tunc*, c'est-à-dire qui rétroagit au jour de l'obligation.

L'autre, au contraire, destituée de tout effet rétroactif, qui laisse subsister les aliénations, les hypothèques, les servitudes qui ont été consenties. C'est la résolution *ex nunc*, parce qu'elle n'opère que dès à présent, pour l'avenir (1).

Le Code Napoléon nous en offre plusieurs exemples. Ainsi, malgré l'effet du droit de retour, l'article 952 maintient néanmoins sur les biens donnés l'hypothèque de la dot et les conventions matrimoniales, si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas, et dans le cas seulement où la donation lui aura été faite par le même contrat de mariage, duquel résultent ces droits et hypothèques. Ainsi, la révocation pour cause d'ingratitude, qui est une sorte d'action pénale, ne préjudiciera ni aux aliénations faites par le donataire, ni aux hypothèques et autres charges réelles qu'il aura pu imposer sur l'objet de la donation, pourvu que le tout soit antérieur à l'inscription qui aura été faite de l'extrait de la demande en révocation, en marge de la transcription prescrite par l'article 939 (958).

Quelquefois la non rétroactivité de la résolution ou de la révocation ne porte que sur des accessoires à régler entre les parties. Ainsi, lorsque la donation est révoquée pour survenance d'enfants, le donataire n'est pas tenu de restituer les fruits perçus, de quelque nature qu'ils soient, si ce n'est du jour que la naissance de l'enfant ou sa légitimation par mariage subséquent lui aura été notifiée par exploit ou autre acte en bonne forme (962).

(1) ZACHARIÆ, T. 1, pag. 402.

En cas de révocation pour ingratitude, le donataire n'est également tenu de restituer les fruits qu'à compter du jour de cette demande (958).

Le donataire restituera les fruits de ce qui excédera la portion disponible, à compter du jour du décès du donateur, si la demande en réduction a été faite dans l'année, sinon du jour de la demande (928).

Les fruits et les intérêts des choses sujettes à rapport, ne sont également dus qu'à compter du jour de l'ouverture de la succession (856).

Enfin, dans l'action en rescision pour lesion, si l'acquéreur préfère rendre la chose et recevoir le prix, il rend les fruits seulement du jour de la demande; et l'intérêt du prix qu'il a payé lui est aussi compté du jour de la même demande, ou du payement s'il n'a touché aucuns fruits. L'article 1682 a tranché ainsi cette question de restitution de fruits, en cas de rescision pour lésion, question autrefois controversée, et que Pothier (1) ne résolvait qu'à l'aide d'une distinction entre les cas de bonne ou de mauvaise foi.

70. L'acquéreur sur lequel le rachat est exercé ne doit pas, sauf convention contraire, restituer les fruits. C'est là une autre exception consacrée par l'article 1673, et reconnue par les auteurs (2). Ce n'est pas que nous pensions, avec Pothier, que ce n'est là qu'une suite du principe que, le réméré n'opérant la résolution du contrat de vente que pour l'avenir, tout ce qui est provenu de la chose jusqu'au réméré doit appartenir à l'acheteur. Car, bien loin que, dans le Code Napoléon, il soit écrit que le rachat n'opère de résolution que pour l'avenir, il constitue dans les principes vrais et rigoureux de notre droit moderne, une condition résolutoire potestative proprement dite.

Aussi M. Troplong, écartant la raison donnée par Pothier,

(1) *Vente*, n° 357.

(2) L. 2, C. *De pactis inter empt.*—POTHIER, *Vente*, n° 405.—TROPLONG, *Vente*, n° 735. — DURANTON, T. 16, n° 424.—ZACHARIÆ, T. 2, pag. 542.

dit-il que si l'acquéreur à pacte de rachat ne restitue point les fruits, c'est à raison de la bonne foi de sa possession. Il nous semble que ce n'est guère au point de vue de articles 549 et 550 qu'il convient d'examiner la question. Car il n'est pas exact de prétendre que l'acquéreur possède de bonne foi, puisque sa possession est fondée sur un titre qui signale lui-même à ses yeux son imperfection et son caractère résoluble. Si la raison donnée par M. Troplong était légalement vraie, elle serait tout aussi bien applicable à tous les cas de possession fondée sur un titre affecté d'une condition résolutoire. Dès lors, les articles 549 et 550 n'auraient qu'à s'emparer de cet horizon infini, ouvert devant eux, pour supprimer, en ce qui concerne les fruits, l'effet rétroactif des conditions réalisées.

Pour nous, comme pour MM. Duranton et Zachariæ, la véritable raison qui fait que les fruits ne sont pas restituables, est que la loi l'a voulu ainsi, pour épargner aux parties les débats et les frais d'un compte de restitutions à faire. Nous disons que la loi l'a voulu ainsi; en effet, l'article 1673, en obligeant le vendeur qui use du pacte de rachat à rembourser le prix principal et les frais du contrat, sans parler des intérêts, donne suffisamment à entendre que les fruits ne doivent pas être restitués par l'acquéreur, puisqu'il ne reçoit pas lui-même les intérêts qui leur correspondent régulièrement.

71. Mais pour avoir supprimé les difficultés de la restitution, quant aux fruits perçus, la loi en a laissé subsister de plus graves, quant aux fruits pendants, lors de l'exercice du rachat.

Nous supposons d'abord que le prix a été intégralement payé, ou qu'il a produit des intérêts. Ceci posé, admettons que lors de la vente, la récolte ait été prochaine ou éloignée, tandis que lors du réméré elle est éloignée ou prochaine. Si le vendeur devait garder les intérêts, et l'acheteur les fruits perçus, ce mode de compensation serait dommageable, tantôt envers l'un, tantôt envers l'autre. Le sentiment d'équité qui a dicté les dispositions de l'article 1673, s'oppose sans doute

à ce qu'on donne à la loi une interprétation qui conduirait à des résultats aussi injustes. Or la compensation que la loi fait d'autorité entre les fruits et les intérêts, nous met elle-même sur la voie de la véritable solution. Il faut procéder par annuités, car les fruits, comme les intérêts, se comptent et se calculent par révolutions annuelles. L'annuité correspondra au jour de la vente, pourvu que la prise de possession ait eu lieu immédiatement, sinon au jour de l'entrée en jouissance; et les intérêts se calculeront de la même manière; de telle sorte que, si pour chaque année révolue, et comme équivalent des intérêts courus ou perçus au profit du vendeur, les fruits appartiennent à l'acheteur, d'autre part, pour chaque année non révolue au moment du retrait, les fruits perçus par l'acheteur, et ceux perçus par le vendeur en suite de la résolution, se partageront entre eux proportionnellement au nombre de jours qui se seront écoulés, d'une part, depuis l'entrée en jouissance de l'acheteur jusqu'au rachat, et, de l'autre, depuis le rachat jusqu'à l'anniversaire de la vente ou de l'entrée en jouissance. Par ce moyen, les fruits et les intérêts se correspondront exactement (1). L'article 1571, relatif à la restitution de la dot, nous fournit un puissant argument d'analogie.

MM. Troplong et Duranton arrivent au même résultat; mais ils le modifient en ce sens que, si le retrait a eu lieu dans le courant de la première année de la vente, ils adjugent à l'acheteur les fruits pendants lors de la vente, faute par le vendeur de s'être expliqué à leur égard. Nous croyons que, même dans ce cas, il faut les comprendre dans l'annuité, base de nos calculs. Autrement, il n'y aurait pas équilibre entre les intérêts du prix et les fruits de la chose. Cette compensation n'ayant alors aucun fondement équitable, il est juste, par une égale réciprocité, de partager les jouissances proportionnellement à chaque fraction d'annuité.

Mais si le vendeur n'avait pas reçu le prix, et que ce prix

(1) Zachariæ, t. 2, pag. 542. — Voy. cep. Pothier, *Vente*, nos 407 et suiv. — Duranton, t. 16, n° 424. — Troplong, *Vente*, nos 769 et suiv.

fût lui-même improductif d'intérêts, il n'y aurait évidemment lien a aucune compensation, puisque l'un de ses éléments fait défaut. Le vendeur aurait donc droit à la restitution des fruits, et il lui suffirait de faire à l'acheteur remise du prix non payé.

Que si le prix avait été payé en partie, et le reste stipulé non productif d'intérêts, il nous semble encore que, dans ce cas, il ne peut s'établir de compensation entre les fruits et les intérêts ; car on compenserait une jouissance complète avec des intérêts partiels. D'ailleurs, le vendeur usant de retrait, et restituant ce qu'il a reçu, ou faisant remise du capital non payé qui englobe tacitement les intérêts, payerait, sans compensation, des intérêts qu'il ne doit point restituer, puisque l'acquéreur ne lui restitue aucuns fruits. N'est-il pas dès lors plus conforme à la commune intention des parties, d'écarter toute compensation entre des fruits perçus en totalité par l'acheteur, et des intérêts perçus seulement en partie par le vendeur ? Cette inégalité dans les éléments de la prétendue compensation n'indique-t-elle pas suffisamment que les parties l'ont virtuellement repoussée, et qu'elles ont entendu, le cas du retrait arrivant, se restituer, l'une les intérêts, l'autre les fruits, en un mot, tout ce dont chacune d'elles se trouve enrichie? C'est alors une exception conventionnelle, résultant du contrat et de ses clauses, que les parties ont elles-mêmes posée à l'application de l'article 1673.

72. Les effets de la condition résolutoire, tels que nous venons de les expliquer, ne s'appliquent exactement qu'aux conventions qui s'exécutent tout d'un coup, une fois pour toutes, et que nous appellerons conventions simples et tout d'un temps, par opposition aux contrats successifs, *qui tempus successivum habent,* qui se décomposent en obligations quotidiennes sans cesse renouvelées. L'échange, la vente, la donation sont des contrats tout d'un temps ; le louage, la société, l'antichrèse sont des contrats successifs.

Si des contrats de cette dernière espèce ont été formés sous une condition résolutoire, et que cette condition s'accom-

plisse, après qu'ils ont reçu un commencement d'exécution, elle ne fera pas que jamais il n'ait existé de louage, de société, d'antichrèse. Il y a en effet des faits accomplis au moment où la condition arrive. Ce passé n'est pas effacé. Il y a donc, pour le passé, un bailleur et un preneur, des associés, un antichrésiste. Le contrat successif, malgré l'évènement de la condition résolutoire, devra s'exécuter, quant aux faits accomplis, comme si dès le principe on en avait limité la durée. La condition résolutoire, appliquée à cette espèce de contrats, ne produit ainsi ni plus ni moins d'effets qu'un simple terme. Elle n'opère pas une résolution proprement dite, mais une cessation, une dissolution ; elle ne réagit pas sur le passé ; elle arrête, elle prévient l'avenir, et n'efface que ce qui s'est accompli plus tard. Ces résultats sont précisément la conséquence des obligations quotidiennes et indépendantes les unes des autres, quant à la durée, dans lesquelles ces contrats se décomposent successivement.

Au lieu d'être expresse, la condition résolutoire est-elle tacite, elle ne vaudra de même que comme cessation des effets du contrat, lorsque la résolution aura été régulièrement prononcée ou consentie. Si elle est déclarée par jugement, les juges devront la faire rétroagir jusqu'à l'époque où se reporte la date des faits sur lesquels elle se fonde, ou tout au moins jusqu'au jour de la demande. Aussi, convient-il de fixer, dans le jugement, le jour à partir duquel la résolution doit produire effet. Dans le silence du jugement, qui est déclaratif du droit, elle est censée prononcée à partir de la demande, et, si elle résulte d'une convention, à partir seulement de sa date, quand aucune autre époque n'est exprimée.

S'il s'agissait, au contraire, d'un contrat simple et tout d'un temps, la résolution qui en serait déclarée ou convenue le ferait de droit considérer comme n'ayant jamais existé. Peut-être est-ce pour marquer ces différences, que la loi n'applique point le terme de résolution aux contrats successifs, mais une tout autre expression, telle que celle de dissolution pour la société, ou de résiliation pour le louage.

73. La loi n'a posé expressément nulle part, quant aux effets de la rescision et de la nullité des contrats, le principe que l'article 1183 pose, quant à ceux de la condition résolutoire accomplie. Le principe est néanmoins le même. La nullité et la rescision révoquent, comme la condition résolutoire, l'obligation contractée, et remettent, comme elle, les choses au même et semblable état que si l'obligation n'avait pas existé. Dans tous ces cas, en effet, le contrat est réputé non avenu, et est censé n'avoir jamais été formé, soit qu'il ait été rescindé, annulé ou résolu.

Ainsi, en cas de minorité, *restitutio ita facienda est ut unusquisque in integrum jus recipiat* (1), la restitution doit s'opérer de manière à faire rentrer chaque partie dans l'intégrité de ses droits. « Si la rescision ou restitution est ordonnée, dit Domat (2), les choses seront remises de la part de celui qui est relevé, au même état où elles auraient dû être, si l'acte qui est annulé par la rescision n'avait pas été fait. Mais comme il rentre dans ses droits et recouvre ce qui doit lui être rendu, soit en principal, intérêts ou fruits, s'il y a lieu, il doit aussi de sa part remettre à sa partie ce qui pouvait être tourné à son profit. »

S'agit-il de rescision pour lésion, les parties devront de même, sauf en ce qui concerne les fruits (1682), être remises au même état que si la vente n'avait pas eu lieu. Elle fait donc évanouir les aliénations consenties, les hypothèques, les servitudes, et toutes autres charges constituées par l'acquéreur (3).

Telles sont enfin les conséquences de toute annulation prononcée pour tout autre vice intrinsèque, remontant à l'origine,

(1) L. 24, § 4, l. 27, § 1, *ff. De min.*
(2) *Lois civiles*, liv. 4, tit. 6, sect. 1, n° 10.
(3) Art. 2125. — POTHIER, *Vente*, n° 371. — TOULLIER, T. 7, n° 543 et 49. — DURANTON, T. 16, n° 465. — TROPLONG, *Vente*, n° 840. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 437 et 549. — DUVERGIER, T. 2, n° 129. — TROPLONG, *Hyp.*, n° 466. — MERLIN, Rép., v° *Rescision*, n° 4. — DURANTON, T. 12, n°s 561 et suiv.

à la racine même du contrat. Ces maximes sont au surplus élémentaires en jurisprudence.

74. Mais doit-on assimiler à la condition résolutoire la nullité, la rescision, l'annulation pour un vice quelconque, dans leur application aux contrats successifs? N'y constituent-elles, comme la condition résolutoire, qu'une résiliation, sans effet rétroactif? Là est la différence.

Le vice intrinsèque qui affecte le contrat et remonte jusqu'à sa racine, l'embrasse en effet tout entier, dans son principe, dans ses développements, dans les obligations successives et sans cesse renouvelées dans lesquelles il se décompose. Le dol, l'erreur, la violence, les vices de capacité ou de consentement, de cause ou d'objet, affectant le contrat dans son entier, ne peuvent dès lors se limiter à l'avenir, et se renfermer dans les seuls développements du contrat successif postérieurs à la rescision, à l'annulation prononcées. Si on ne leur attribuait pas un effet rétroactif qui remette les parties au même et semblable état que si la convention n'avait pas existé, on maintiendrait ainsi tout un passé, toute une série de faits accomplis, qui sont néanmoins, comme le serait l'avenir lui-même, entachés d'un vice intrinsèque et radical. Le contrat vicié tout entier doit donc s'effacer tout entier, pour faire place à une restitution qui rétablisse chaque partie dans l'intégrité de ses droits, *ut unusquisque in integrum jus suum recipiat*. Il ne reste plus enfin, pour le passé, qu'il s'agit de régler et de liquider, que des prestations, des payements respectivement sans cause.

75. Ce n'est pas cependant que l'on ne doive, dans certains cas, pourvu que l'objet de la convention ne soit pas indisponible, et que sa cause ne soit point contraire aux bonnes mœurs, substituer aux obligations conditionnelles rescindées ou annulées, d'autres obligations de fait de même nature. Mais il faut remarquer que cette substitution ne peut s'opérer que pour le règlement et la liquidation du passé. C'est ainsi qu'après avoir reconnu la nullité d'une association formée entre

des bailleurs de fonds et un tiers, pour l'exploitation d'un office d'agent de change, dont celui-ci devait demeurer titulaire; c'est ainsi, disons-nous, que la Cour de cassation (1) a décidé que les associés, bailleurs de fonds, ne pouvaient venir à contribution, que sous la déduction des pertes subies, et non comme simples créanciers prêteurs; qu'ils devaient contribuer, proportionnellement avec leurs apports, aux dettes ou pertes résultant des opérations commencées avant l'annulation de la société. Et la Cour de cassation a fondé sa décision sur ce motif que, si la convention avait une cause illicite, néanmoins il est un principe de souveraine équité qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui, et qui par cela même veut que toute réunion d'intérêts, même fortuite, établisse des rapports et donne le droit de provoquer un règlement et un partage.

Pour la liquidation même de ces rapports de fait, il faudra s'en tenir au règlement fait par les parties elles-mêmes, comme étant l'expression de leur volonté, et la seule base équitable et sincère. Du moment, en effet, qu'on est forcé de reconnaître une société de fait pour le passé, et de l'accepter dans les rapports qu'elle a créés entre les associés, on ne peut s'empêcher de l'admettre, pour le tout, au moins comme fait, et de la consacrer à la fois comme principe de leurs relations, et comme règlement de leurs intérêts entre eux (2).

76. Mais si la convention était annulée comme contraire aux bonnes mœurs, ainsi que nous l'avons expliqué plus haut (3), les parties, à raison de leur indignité commune, n'auraient aucune action en répétition, ni en règlement, les unes à l'égard des autres.

77. Que si la nullité avait été prononcée, parce que les choses conférées dans l'association n'étaient pas disponibles,

(1) 24 août 1841. SIREY, 42, 1, 68. — Voy. la critique qu'en fait M. Duvergier, *Sociétés*, n° 69.

(2) TROPLONG, *Société*, n° 249. — Lyon, 9 déc. 1850. SIREY, 50, 2, 634. — Cass., 15 déc. 1851. SIREY, 52, 1, 21.

(3) 1133, n° 10.

chaque partie reprendrait son apport intact. Car l'indisponibilité de la chose empêche toute communication de gain et de perte, dans le règlement à faire entre les parties.

78. Lorsqu'il s'agit enfin de liquider les faits accomplis, et que l'association a été annulée à raison de la distribution illégale des profits et des pertes, le juge ne peut que se réfugier dans la combinaison de la loi. Il ne peut, en effet, prendre la part conventionnelle dans les bénéfices, comme mesure de la part dans les pertes, ni *vice versâ*. Ce serait substituer arbitrairement une règle de partage à celle des contractants, et désunir deux volontés dont la corrélation forme le contrat. Sans doute, la clause est illégale; mais elle n'en indique pas moins que les parties n'ont pas voulu faire coïncider leurs parts dans les gains et dans les pertes, quelle que soit la part que l'on prenne pour mesure de l'autre. La nullité de la clause équivaut, en définitive, au silence des contractants, et, là où le contrat se tait, c'est à la loi de parler (1).

Mais ces questions rentrant dans la spécialité de certains contrats, nous nous bornons à renvoyer aux auteurs qui s'en sont particulièrement occupés.

79. Avant de passer à la condition résolutoire tacite, nous devons dire un mot de ce que nous appelons terme résolutoire Je m'oblige, comme caution, à vous payer tant, mais j'ajoute que je m'oblige seulement jusqu'à ce que tel évènement arrive, ou jusqu'à tel délai. Cette clause est essentiellement différente de la condition résolutoire. Elle n'affecte, en effet, mon obligation que dans sa durée, et non dans son existence. Mon engagement est pur et simple; seulement son existence est limitée dans un certain temps. L'expiration de ce temps n'aura pas pour effet de le résoudre, dans l'acception rigoureuse du mot, mais de l'éteindre. Si donc l'évènement arrive ou si le délai expire, sans que je l'aie acquitté, je suis pleinement libéré envers vous.

(1) TROPLONG, *Louage*, n° 1138. — DUVERGIER, *Louage*, T. 2, n° 410. — DURANTON, T. 17, n° 279.

Mais comme mon obligation, quoique restreinte dans sa durée, est parfaite dès le principe, vous pouvez, si d'ailleurs elle est exigible, m'en demander le payement, me poursuivre, me mettre en demeure de l'acquitter. Et vainement alors le délai expirera-t-il avant l'exécution de mon engagement; ma mise en demeure s'oppose à ce que je sois libéré par la seule échéance du terme. Car je ne dois point profiter, ni vous, souffrir de mon injuste retard (1). On voit qu'il importe de se presser d'agir.

ARTICLE 1184.

La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. — Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. — La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai, selon les circonstances.

Sommaire.

1. L'article 1184 est fondé sur la nécessité d'une cause.
2. Droit romain.
3. Ce qu'on doit entendre par contrat synallagmatique.
4. Explication.
5. Divers exemples de résolution pris dans le Code.
6. La résolution a lieu, bien que l'inexécution résulte de la force majeure,
7. Et qu'il n'y ait eu que simple retard; mais sans dommages et intérêts,
8. Et sauf le cas où les risques sont à la charge du créancier.
9. Diverses causes d'inexécution.
10. Distinction entre les faits accomplis et le simple retard d'où résulte l'inexécution.
11. De l'inexécution des stipulations accessoires en faveur d'un tiers.

(1) POTHIER, *Oblig.*, nos 224 et suiv.

12. L'inexécution doit être injuste.
13. Le tiers-détenteur ne peut écarter le vendeur, demandeur en résolution, sous prétexte qu'il a provoqué un ordre. Il y a lieu seulement à sursis. Comment.
14. L'inexécution de la part de l'un autorise l'inexécution de la part de l'autre. *Quid*, s'il s'agit de contrats différents? Distinction.
15. Le créancier qui a été cause de l'inexécution n'a pas d'action.
16. La folle-enchère est une action particulière en résolution. Conséquences.
17. Exception en matière de rente viagère. *Quid*, si le contrat stipule le payement d'un capital et d'une rente viagère?
18. L'article 1184 s'applique à la vente d'une chose moyennant une rente perpétuelle,
19. Bien que le prix ait été après sa fixation converti en rente, mais sans novation.
20. Les parties peuvent stipuler la résolution du contrat de rente viagère.
21. Comment se font les restitutions après la résolution de la rente viagère.
22. Elle est résoluble, si le débiteur ne donne pas les sûretés promises.
23. *Quid*, si le débiteur donne la mort au rentier?
24. Quant au rentier, il reste dans le droit commun.
25. Les parties peuvent convenir que leur contrat ne sera pas résoluble. Clause insérée dans les cahiers de charges.
26. En cession d'office, pas de résolution après la nomination. *Idem*, en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique.
27. Le partage n'est pas résoluble pour inexécution.
28. Le copartageant n'a pas le privilége de vendeur. Conséquence.
29. L'indivision doit cesser entre tous. Conséquences.
30. Il en est de même à l'égard des tiers cessionnaires.
31. Mais l'adjudication sur saisie au profit de l'un des copropriétaires est soumise à la folle-enchère.
32. Quant à l'héritier bénéficiaire, distinction entre ceux qui poursuivent la folle-enchère.
33. Les parties peuvent stipuler la résolution ou la folle-enchère en cas de partage.
34. Mais alors la folle-enchère n'emporte point contrainte par corps.
35. Comme donation, le partage de présuccession est résoluble de la part du donateur.
36. Comme partage, il ne l'est pas de la part des donataires,
37. Pas plus du chef du donateur que de leur chef.
38. Suite. Le partage ne résulte pas du concours de stipulations secondaires faites en faveur des donataires.
39. Quels droits restent au cédant après le partage fait avec son cessionnaire?

40. Le créancier a l'option entre l'action en payement, en résolution, ou en dommages et intérêts,
41. Sans préjudice de son action privilégiée, en certains cas.
42. De l'action en revendication établie par l'article 2102.
43. L'article 1184 s'applique aux matières de commerce.
44. Pas de résolution de plein droit.
45. Il faut une action.
46. Il peut être satisfait aux engagements tant que dure l'instance.
47. Le juge peut accorder des délais,
48. Mais non un second après un premier.
49. Il peut prononcer la résolution, si le payement n'a lieu dans tel délai.
50. Exceptions diverses. Dispositions expresses de la loi.
51. Quand le payement ne pouvait se faire que dans un certain temps,
52. Et qu'il était portable de la part du débiteur;
53. Ou quand il a été convenu que la résolution aurait lieu de plein droit.
54. Principes du droit romain et de notre ancienne jurisprudence.
55. Comment cette clause opère sous le Code Napoléon.
56. Exception posée par l'article 1656.
57. Après sa mise en demeure l'acquéreur ne peut payer.
58. Cette exception existe en faveur des ventes d'immeubles. Elle n'a d'importance réelle que lorsque le payement est portable.
59. Dans les autres cas, la clause de plein droit doit recevoir son exécution entière.
60. On peut stipuler dispense de mise en demeure, sauf le cas où le payement est quérable de la part du créancier.
61. Le débiteur poursuivi en résolution ne peut se prévaloir des clauses stipulées en vue de l'exécution du contrat.
62. Les tiers-acquéreurs sont soumis à l'action résolutoire. De même en matière d'échange.
63. L'action est personnelle-réelle.
64. Elle se conserve sans formalités. Exceptions. Article 717, C. pr. Portée de cet article.
65. Deuxième exception à l'égard des sociétés de crédit foncier.
66. Loi du 24 mars 1855. L'action s'éteint avec le privilége de vendeur.
67. La résolution du bail entraîne celle des sous-baux.
68. Renvoi quant aux effets de la résolution.
69. De la voie parée. Quand elle a lieu.
70. Si le créancier peut diriger immédiatement son action contre les tiers-détenteurs.
71. Les créanciers hypothécaires ne peuvent former tierce-opposition au jugement. Exception.
72. Ils ne peuvent de même, sauf les cas de fraude, attaquer une résolution consentie.
73. Le vendeur intermédiaire ne peut non plus l'attaquer, s'il a chargé son acquéreur de payer le vendeur primitif.

74. Les tiers n'ont qu'à payer avant la résolution pour la prévenir.
75. L'action résolutoire est divisible. Comment.
76. De la conciliation entre les créanciers pour la reprise totale.
77. Les demandeurs conciliés tombent en indivision après la résolution.
78. Quand la chose a été vendue en commun par plusieurs.
79. Ceux qui refusent de se concilier ne peuvent exiger de payement préalable.
80. Quels sont les droits des créanciers non conciliés contre l'acquéreur,
81. Et contre ceux qui ont fait résoudre pour le tout? Hypothèses diverses.
82. Suite. Ils ont action divisée en résolution.
83. La résolution fait tomber la saisie, même d'un cocréancier.
84. L'action est divisible à l'égard des défendeurs.
85. Si l'un possède toute la chose, l'action pour le tout ne peut se donner contre lui.
86. Conséquence en cas de prescription.
87. Il ne peut exiger de résolution pour le tout.
88. En cas de revente, le vendeur peut revendiquer partiellement.
89. L'acquéreur paye alors l'estimation des choses non reprises.
90. Division de l'action de part et d'autre.
91. Indivision qui en résulte. *Quid* du partage?
92. Quand l'action est indivisible.
93. Conséquence quant à la prescription.
94. Fins de non recevoir. Renvoi.
95. Renonciation expresse ou tacite. Elle est personnelle au renonçant.
96. La demande en payement n'est pas une renonciation,
97. Même à l'égard des tiers-détenteurs, du moins en principe.
98. Peu importe que le créancier n'ait pas produit à l'ordre.
99. L'autorisation et la garantie emportent déchéance.
100. *Quid*, si l'acquéreur est chargé de payer du consentement du vendeur?
101. Après délaissement de sa part, il peut agir en résolution.
102. Peu importe qu'il ait perdu son privilége.
103. Peu importe qu'il ait consenti des droits réels sur la chose qu'il a reçue.
104. Examen de la question rédhibitoire.
105. L'échangiste évincé peut résoudre, quoiqu'il ait aliéné une partie de la chose reçue en contre échange.
106. La résolution a lieu alors pour le tout.
107. Peu importe que les sous-acquéreurs aient à se prévaloir de la prescription.
108. Consentir des droits réels, en connaissance de cause, c'est renoncer.
109. Entre les parties l'action en résolution dure aussi longtemps que l'action en payement. *Secùs* à l'égard des tiers
110. Différence de cette prescription d'avec celle des hypothèques.
111. De la prescription des servitudes.

112. *Quid*, quant aux meubles? Aliénation.
113. Changement de nature, de forme.
114. *Quid*, lorsque le meuble est devenu immeuble par destination?
115. Exception en matière de commerce.
116. Loi du 23 mars 1855, mention sur les registres de transcription des jugements prononçant la nullité, la rescision, la résolution d'un acte transcrit. *Quid*, des conventions de cette nature?

COMMENTAIRE.

1. Dans tout contrat synallagmatique, chaque partie ne contracte d'engagements qu'en vue et à raison des engagements que l'autre partie contracte en sa faveur. Cette réciprocité est de l'essence même de la convention, et constitue la cause des obligations respectives. Prenons pour exemple la vente : je vous vends ma maison, moyennant tel prix. Je m'oblige à vous transférer la propriété de la chose; vous vous obligez à me payer le prix convenu. Mon obligation est la cause de la vôtre, comme la vôtre est la cause de la mienne. Je vous vends, en un mot, à cause du prix, et vous me payez à cause de la propriété. Si l'un de nous ne satisfait pas à ses engagements, ceux de l'autre deviennent ainsi sans cause, et le contrat tombe dans un cas où il n'aurait pu être régulièrement formé.

Il est vrai que chaque partie a les actions qui résultent du contrat pour contraindre l'autre à l'exécution de ses engagements. Mais si elle n'avait que ces actions en payement, on comprend que, dans une foule de cas, elle n'aurait qu'une garantie insuffisante, souvent même complètement illusoire, et elle aurait contracté et exécuté ses obligations absolument sans cause. N'est-il pas alors équitable et juste que ce soit la chose même qui fait le sujet du contrat, qui réponde de son exécution? Appréciant donc la situation de chaque partie, interprétant leur commune intention, se pénétrant de la nécessité d'une cause réelle, mue enfin par un sentiment de souveraine équité, la loi a sous-entendu la condition résolutoire dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisferait point à ses engagements. Mais, qu'on veuille bien le remarquer, elle ne fait que reconnaître et con-

sacrer cette condition résolutoire ; elle ne l'introduit pas d'autorité dans la convention ; elle l'extrait de sa nature même, de la réciprocité des engagements contractés, de la corrélation qui établit entre eux des rapports de causes réciproques. Les dispositions de l'article 1184 rentrent ainsi, quant à leur principe essentiel, dans la théorie de la causalité des contrats.

2. Le droit romain ne reconnaît nulle part, du moins d'une manière aussi large et aussi complète, l'existence de cette condition résolutoire tacite. Il ne pose pas en principe, comme l'article 1184, qu'elle est sous-entendue dans les contrats synallagmatiques. Jetons un coup d'œil sur ce point.

En droit romain, comme en droit français, la vente, par exemple, était un contrat consensuel, c'est-à-dire parfait par le seul consentement des parties. Lorsque l'acheteur ne payait pas le prix au terme convenu, le vendeur n'en était pas moins tenu des obligations résultant du contrat; il était seulement autorisé à retenir la chose, à ne pas la livrer, afin de ne pas perdre à la fois la chose et le prix (1). Mais, à quelque moment que l'acquéreur offrît plus tard son prix, il était tenu de lui livrer la chose.

Alors même que le vendeur avait fait délivrance, pourvu que ce fût sans suivre la foi de l'acheteur, il pouvait encore revendiquer la chose. Car la propriété n'était censée acquise à l'acheteur que tout autant que le prix avait été payé, ou que le vendeur avait reçu satisfaction, ou qu'il avait suivi, sans satisfaction, la foi de l'acheteur (2). La satisfaction par excellence était sans doute le payement du prix ; mais on considérait aussi comme satisfaction équivalente la dation d'une caution ou d'un gage. Suivre la foi de l'acheteur, c'était s'en rapporter à lui pour le payement; ce qui avait lieu lorsqu'un terme était expressément accordé, ou qu'il apparaissait des circonstances, en dehors du fait même de la livraison opérée, que le vendeur faisait crédit à l'acheteur et n'entendait pas

(1) L. 13, § 8, *ff. De act. empt.*
(2) L. 19, C. *De cont. empt.* — Instit., § 41, *De rev. divis.*

être payé comptant. Ce qui prouve en effet que la livraison toute seule ne suffisait pas pour établir la concession d'un terme et la foi suivie, c'est que le vendeur pouvait revendiquer la propriété comme sienne entre les mains de l'acheteur.

Quand le vendeur avait livré la chose et suivi la foi de l'acheteur, il n'avait ni droit de rétention, ni droit de revendication. Il n'avait même pas celui de demander la résolution du contrat, à défaut de payement du prix. Il n'avait qu'une action personnelle en payement. *Actio tibi pretii, non eorum quæ dedisti repetitio competit* (1). Pour que le vendeur fût autorisé à résoudre le contrat et à se dégager de ses obligations, quand l'acheteur n'exécutait pas les siennes, il fallait qu'il eût inséré une clause spéciale portant que la vente serait considérée comme non avenue, dans le cas où l'acheteur n'aurait pas payé son prix au terme convenu. Cette clause s'appelait *lex commissoria*, pacte commissoire.

Il ne faut pas croire toutefois que le pacte commissoire réponde exactement à notre condition résolutoire tacite. Sans parler de cette première différence, que l'un est conventionnel et l'autre sous-entendu, nous ferons observer qu'en vertu du pacte commissoire, la chose était considérée comme non achetée, *inempta;* de telle sorte que le vendeur pouvait agir par revendication, ce qui le suppose propriétaire, tandis que la condition résolutoire tacite, ainsi que nous le verrons plus loin, opère moins énergiquement et a besoin de l'intervention du juge.

Ces principes du droit romain étaient encore pratiqués dans le ressort de quelques parlements de droit écrit, lors de la promulgation du Code Napoléon. Mais, dans les pays coutumiers, d'autres idées, plus conformes à l'équité naturelle et au principe même des contrats synallagmatiques, avaient prévalu. On y sous-entendait la condition résolutoire pour le cas où l'une des parties ne satisferait pas à ses engagements, et l'on généralisait ainsi la règle qui, dans la rigueur du droit romain,

(1) L. 8, C. *De cont. empt.*

n'était applicable que par exception à certains cas et à certains contrats.

En effet, dans la vente, alors qu'en l'absence du pacte commissoire, le défaut de payement du prix n'autorisait pas le vendeur à poursuivre la résolution, l'acheteur pouvait, à raison des vices cachés et par l'action rédhibitoire, faire résoudre le contrat et remettre les choses au même état qu'avant la convention, comme s'il n'y avait pas eu de vente (1).

Comme l'échange n'était qu'un pacte, et qu'il ne devenait une convention obligatoire que par la tradition (2), l'échangisté qui, de son côté, avait fait délivrance, sans que l'autre eût encore satisfait à ses engagements, pouvait agir *condictione ob causam dati, causâ non secutâ,* pour répéter la chose qu'il avait livrée (3). Il pouvait aussi agir par l'action *præscriptis verbis,* soit en exécution du pacte, pour obtenir délivrance de la chose promise, soit en dommages et intérêts, pour être indemnisé de son inexécution (4).

Cette action, *condictio ob causam dati, causâ non secutâ,* n'était pas particulière à l'échange; elle avait lieu pour tous les contrats innomés.

Enfin, dans les donations faites avec charges, *sub modo,* le donateur avait contre le donataire qui ne satisfaisait pas à ses engagements, l'action en revendication utile pour obtenir la restitution de la chose donnée, outre l'action personnelle appelée condiction (5).

Tels étaient les principes du droit romain; et déjà sans doute on a compris l'immense différence qui les distingue de ceux consacrés par le Code Napoléon.

Arrivons maintenant au commentaire de notre article 1184.

(1) L. 23, § 7; l. 60, *ff. De ædil. edicto.*
(2) L. 1, § 2 et 3, *ff. De rer. permut.*
(3) L. 1, *ff. De condict. caus. dat.*
(4) L. 7, § 2, *ff. De pactis.* — L. 7, 8 et 9, *ff. De præscript. verb.* — L. 8, C. *De permut.*
(5) L. 1, C. *De donat. quæ sub modo.*

3. De ses termes mêmes il résulte que la condition résolutoire tacite n'existe qu'à cette double condition : 1° qu'il s'agisse d'un contrat synallagmatique ; 2° que l'une des parties n'ait point satisfait à ses engagements.

Nous avons déjà donné la définition du contrat synallagmatique : c'est celui par lequel les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres (1102). Mais nous avons en même temps distingué le contrat synallagmatique parfait, tel que la vente, l'échange, le louage, du contrat synallagmatique imparfait, tel que le mandat, le prêt, le gage, le dépôt.... Sans revenir sur ce que nous avons dit à cet égard, nous nous bornons à faire remarquer que, dans le contrat synallagmatique parfait, les deux parties contractent immédiatement, et par le fait même de la convention, des obligations principales qui sont la cause réciproque les unes des autres. Dans le contrat synallagmatique imparfait, l'une des parties ne contracte, au contraire, qu'un engagement éventuel, subordonné, accessoire, ne venant qu'à la suite et à l'occasion du contrat, sans en dériver directement ni principalement. Il est évident dès lors que l'inexécution de semblables engagements ne peut donner lieu à l'action résolutoire.

Il faut reconnaître cependant que, dans certains contrats synallagmatiques imparfaits, les contractants s'imposent des obligations réciproques et principales, sans que toutefois ces obligations soient la cause les unes des autres. Ainsi, dans le contrat de gage, le débiteur ne peut réclamer la restitution du gage qu'après avoir entièrement payé, tant en principal qu'intérêts et frais, la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné (2082). Voilà l'obligation principale du débiteur. Quant au créancier, il contracte aussi l'obligation principale et immédiate de veiller à la conservation du gage, avec tous les soins d'un bon père de famille (2080). S'il manque à ces soins, s'il abuse du gage, le débiteur peut en réclamer la restitution (2082). Ce droit qu'a le débiteur de se faire restituer le gage avant l'entier payement de sa dette, procède évidemment du principe posé dans l'article 1184, puisqu'il s'exerce précisé-

ment dans le cas où l'une des parties ne satisfait pas à ses engagements.

Dans le commodat, le prêteur ne peut en général retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu, ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée (1888). De son côté, l'emprunteur est tenu de veiller en bon père de famille à la garde et à la conservation de la chose prêtée. Il ne peut s'en servir qu'à l'usage déterminé par sa nature ou par la convention (1880). Si l'emprunteur n'apporte pas à la garde de la chose les soins dont il est tenu, s'il en abuse, il y a de sa part inexécution de ses engagements, et le prêteur peut faire résoudre le commodat et se faire restituer la chose avant le terme convenu ou sous-entendu. Il serait en effet contraire à tous les principes d'équité, de ne lui réserver qu'une action en dommages et intérêts, dont l'exercice pourrait ne lui procurer qu'une réparation incomplète et souvent illusoire. L'équité et la loi veulent qu'il puisse prévenir, par la résolution du contrat, de plus grands dommages ultérieurs.

Dans le prêt, le créancier ne peut demander le remboursement des choses prêtées avant le terme convenu (1899). Cependant le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données à son créancier par le contrat (1188, 2131). N'est-ce pas là encore une conséquence du principe posé dans l'article 1184, le débiteur n'ayant point satisfait aux obligations qu'il avait contractées en empruntant?

Enfin, si la caution elle-même est déchargée lorsque sa subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier ne peut plus par le fait de ce créancier s'opérer en sa faveur (2037), cette décharge de la caution n'est-elle pas la résolution du contrat de cautionnement, fondée sur ce que le créancier a manqué à ses engagements?

L'usufruit est établi par la loi, ou par la volonté de l'homme (579). Le nu-propriétaire doit laisser jouir; l'usufruitier doit jouir en bon père de famille (601). S'il manque à cette obli-

gation, s'il abuse de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d'entretien, les juges peuvent, selon la gravité des circonstances, prononcer l'extinction absolue de l'usufruit (618); et les mêmes règles sont applicables aux droits d'usage et d'habitation (625). N'est-ce pas encore la résolution pour inexécution des engagements ?

4. Cependant, il faut bien le dire, ces divers cas de résolution ne rentrent point dans les termes rigoureux de l'article 1184. Est-ce à dire que ces dispositions soient incomplètes ? Non ; mais le principe qu'elles consacrent, en l'appliquant aux contrats synallagmatiques parfaits, est plus large que les expressions mêmes de la loi ne le déclarent. C'est qu'il s'applique également à tous les actes, contrats ou autres, qui imposent des obligations corrélatives et réciproques aux parties. Ainsi, si cette matière n'était étrangère aux contrats, nous pourrions établir, mais il nous suffit de le rappeler, que les dispositions testamentaires avec charge, avec mode, peuvent être résolues pour inexécution de la charge et du mode dont elles sont grevées (1046).

La loi n'a donc pas entendu restreindre la généralité du principe. Seulement, comme son application est nécessairement modifiée par la nature des engagements et de leur inexécution, et qu'elle avait à l'appliquer spécialement aux contrats synallagmatiques, elle a dû en approprier l'application aux caractères de ces contrats. S'agit-il, en effet, d'un contrat synallagmatique, l'inexécution des engagements gît le plus souvent dans un simple retard ; elle peut dès lors se réparer par un payement qui est encore possible. Au contraire, dans les exemples que nous avons posés, uniquement pour généraliser le principe, nous voyons que la résolution est constamment fondée sur des abus, des omissions, des négligences, tous faits accomplis qui ne peuvent être prévenus avant, ni être traduits après par une action principale et directe en payement. Aussi, cette inexécution constitue-t-elle tantôt un réso-

lution de plein droit, comme au cas d'une caution qui ne peut être utilement subrogée; tantôt, et le plus souvent, une résolution qui doit être demandée en justice.

Cette explication donnée, nous allons rentrer dans le texte même de notre article, et nous occuper spécialement de l'inexécution des engagements qui résultent des contrats synallagmatiques parfaits.

5. Si le vendeur manque à faire la délivrance dans le temps convenu entre les parties, l'acquéreur pourra, à son choix, demander la résolution de la vente ou sa mise en possession, si le retard ne vient que du fait du vendeur (1610).

Si la vente d'un immeuble a été faite avec indication de la contenance, à raison de tant la mesure, et qu'il se trouve une contenance plus grande que celle exprimée au contrat, l'acquéreur a le choix de fournir le supplément du prix, ou de se désister du contrat, si l'excédant est d'un vingtième au-dessus de la contenance déclarée (1617, 1618).

Dans les autres cas où il y a lieu à augmentation du prix pour excédant de mesure, l'acquéreur a la même faculté d'option (1619, 1620).

Ce n'est pas cependant que le défaut de contenance ne puisse jamais fonder qu'une action en diminution de prix. Il peut aussi fonder une action en résolution, quand il est d'une importance telle que les juges doivent croire que l'acheteur n'eût point acquis s'il l'avait connue. Le silence de la loi ne fait que subordonner l'action à l'appréciation des circonstances (1).

Et les mêmes règles sont applicables aux baux à ferme (1765).

Si l'acquéreur n'est évincé que d'une partie de la chose, et qu'elle soit de telle conséquence relativement à tout, que l'acheteur n'eût point acheté sans la partie dont il a été évincé, il peut faire résilier la vente (1636).

Si l'héritage vendu se trouve grevé, sans qu'il ait été fait

(1) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 512. — DURANTON, T. 16, n° 223. — DUVERGIER, *Vente*, T. 1, n° 286. — *Contrà*, TROPLONG, *Vente*, n° 330.

de déclaration, de servitudes non apparentes, et qu'elles soient de telle importance qu'il y ait lieu de présumer que l'acquéreur n'aurait pas acheté s'il en avait été instruit, il peut demander la résiliation du contrat, si mieux il n'aime se contenter d'une indemnité (1638).

Dans le cas où la chose est atteinte de vices cachés, sans distinguer entre les meubles et les immeubles (1), l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts (1644).

Si l'acheteur ne paye pas le prix, le vendeur peut demander la résolution de la vente (1654).

Le copermutant qui est évincé de la chose qu'il a reçue en échange, a le droit de conclure à des dommages et intérêts, ou de répéter sa chose (1705).

Si, durant le bail, les réparations à faire à la chose sont de telle nature qu'elles rendent inhabitables ce qui est nécessaire au logement du preneur et à sa famille, celui-ci pourra faire résilier le bail (1724).

Si le preneur emploie la chose louée à un autre usage que celui auquel elle a été destinée, ou dont il puisse résulter un dommage pour le bailleur, celui-ci peut, suivant les circonstances, faire résilier le bail (1729).

Celui qui cultive sous la condition d'un partage de fruits avec le bailleur, ne peut ni sous-louer ni céder, si la faculté ne lui en a été expressément accordée par le bail. En cas de contravention, le propriétaire a droit de rentrer en jouissance, et le preneur est condamné aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution du bail (1763, 1764).

Si le preneur d'un héritage rural ne le garnit pas de bestiaux et des ustensiles nécessaires à son exploitation, s'il abandonne la culture, s'il ne cultive pas en bon père de famille, s'il

(1) TROPLONG, *Vente*, n° 548. — DUVERGIER, *Vente*, T. 1, n° 396. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 528. — Cass., 16 déc. 1853. SIREY, 53, 1, 673, et 54, 1, 176. — *Contrà*, DURANTON, T. 16, n° 317.

emploie la chose louée à un autre usage que celui auquel elle a été destinée, ou en général, s'il n'exécute pas les clauses du bail, et qu'il en résulte un dommage pour le bailleur, celui-ci peut, suivant les circonstances, faire résilier le bail (1766).

Le bailleur peut demander la résolution du bail à cheptel, si le preneur ne remplit pas ses obligations (1816).

Enfin, celui au profit duquel la rente viagère a été constituée moyennant un prix, peut demander la résiliation du contrat, si le constituant ne lui donne pas les sûretés stipulées pour son exécution (1977).

Nous avons ainsi accumulé tout exprès diverses dispositions du Code, qui contiennent une application spéciale du principe consacré par l'article 1184, pour montrer comment il est et doit être appliqué. Ce n'est pas, en effet, que ces dispositions soient limitatives, et que le principe ne doive recevoir d'application que dans les cas formellement exprimés. Il est, au contraire, général, universel, et domine toute la matière des contrats. Nous ferons même remarquer que l'action en garantie pour éviction totale a elle-même, sous le Code Napoléon, son principe dans l'article 1184. La restitution du prix, premier chef de cette action, n'est en effet que la conséquence de la résolution du contrat qui résulte de son inexécution, c'est-à-dire du fait même de l'éviction subie par l'acquéreur. Quant aux autres chefs de cette action, ils rentrent dans la théorie pure des dommages et intérêts qui peuvent venir accessoirement à la résolution.

6. Il suffit, pour l'évènement de la condition résolutoire tacite, que les engagements de l'une des parties ne soient pas exécutés ; et peu importe même de quelle cause provienne cette inexécution. Que ce soit un évènement fortuit ou de force majeure, non imputable au contractant ; que ce soit, au contraire, un fait, une faute, une négligence dont il est responsable, la résolution du contrat n'en est pas moins encourue.

Nous disons que la résolution peut être poursuivie, alors même que l'inexécution provient d'un cas fortuit et de force

majeure. L'article 1184 ne pose, en effet, aucune distinction à cet égard; et il ne devait en poser aucune. Car, du moment que l'on en rattache, par leur principe, les dispositions à la nécessité d'une cause dans la convention, il suffit que cette cause n'existe point, n'importe comment et pourquoi, pour que la condition résolutoire se réalise, à défaut d'exécution des engagements contractés. Ainsi, lorsque pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail (1722).

L'inexécution du contrat en entraînerait de plus fort la résolution, si le débiteur était, par l'effet de sa mise en demeure, responsable des risques, et conséquemment chargé des cas fortuits (1302).

7. Si le cas fortuit et la force majeure n'avaient eu pour résultat que de retarder l'exécution des engagements, la résolution du contrat n'en serait pas moins encourue. Mais le débiteur qui n'aurait pas, dans ce cas, satisfait à ses engagements, ne devrait aucuns dommages et intérêts, puisqu'il n'y aurait de sa part aucun fait qui lui fût imputable.

Les juges pourraient eux-mêmes, au lieu de prononcer immédiatement la résolution, prendre en considération les circonstances, pour accorder un délai plus ou moins long au défendeur (1). Et c'est en ce sens seulement que l'inexécution provenant de la force majeure n'autorise pas, en général, la résolntion (2).

Cependant si, d'après les termes ou la nature de la convention, la chose ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps, les juges, ce temps expiré, ne pourraient accorder aucun délai. Ils devraient prononcer tout de suite la résolution du contrat. Quelque rigoureuse que puisse paraître cette

(1) Troplong, *Vente*, n° 294.
(2) Zachariæ, t. 2, pag. 509. — Duvergier, *Vente*, t. 1, n° 265.

décision, on ne saurait cependant en contester la justice, ni même l'équité. Il est en effet juste et équitable que l'inexécution du contrat retombe sur la personne du promettant, puisqu'en s'obligeant à l'exécuter dans un certain temps, il s'est soumis à toutes les éventualités qui pourraient, même sans faute imputable, retarder et empêcher l'exécution de ses engagements. On violerait, au contraire, la loi du contrat, en accordant au défendeur un délai pour l'accomplissement de ses obligations, et en ajournant ainsi le payement à une époque où il se ferait sans avantage et avec préjudice pour le créancier, au mépris des clauses expresses ou tacites de leur convention. Seulement l'interprétation peut en être moins rigoureuse.

8. Mais les cas fortuits et de force majeure, alors même qu'ils empêchent l'exécution du contrat, n'en entraînent pas toujours la résolution. Il faut en effet distinguer, à cet égard, ceux dont les conséquences pèsent sur le créancier seul. Ainsi, dans la vente, la propriété étant transférée par le seul effet de la convention, la chose est aux risques de l'acquéreur, avant toute tradition (1138). Si donc elle périt, c'est à son compte, et l'obligation du débiteur est éteinte, à moins qu'il ne fût en demeure de la livrer (1302). C'est qu'alors il s'agit d'une question de risques, dont la solution dépend de principes autres que ceux qui régissent la résolution des contrats, pour inexécution de ses engagements de la part de l'une des parties. La force majeure, libérant dans ce cas le débiteur, le dispense de ses engagements.

Aussi, quand nous posons en règle générale que les événements fortuits et les cas de force majeure n'empêchent pas la résolution d'être encourue pour inexécution du contrat, nous entendons parler seulement de ceux qui ne produisent point la libération du débiteur, et nous exceptons naturellement ceux qui ont pour effet d'éteindre ses obligations, en même temps qu'ils en ont rendu l'exécution impossible. On ne peut en effet désormais prétendre qu'il y a de sa part inexécution

d'engagements éteints, la force majeure valant pour lui quittance définitive.

9. L'inexécution du contrat provient tantôt de faits irrévocablement accomplis, qui en empêchent en tout ou en partie l'accomplissement, tantôt de faits et de circonstances qui ne font que l'ajourner plus ou moins. Ainsi, un excédant considérable dans la contenance (1618, 1619, 1620); l'éviction d'une partie notable de la chose (1636); l'existence de servitudes occultes (1638), ou de vices cachés (1641 et suiv.); la perte totale ou partielle de la chose arrivée même par cas fortuit, en supposant que les risques sont à la charge du vendeur; les abus de jouissance (1729); les infractions définitives et consommées aux obligations de toutes sortes qui naissent du contrat de louage (1703, 1766, 1816), sont autant de faits irrévocablement accomplis qui empêchent l'exécution du contrat, suivant l'exacte précision de ses stipulations et de ses clauses.

Il n'y a, au contraire, qu'un simple retard d'exécution, lorsque le vendeur néglige de faire délivrance (1610), ou que l'acquéreur ne paye pas son prix (1653 et suiv.). Mais il importe peu d'ailleurs d'où provienne et en quoi consiste l'inexécution du contrat; qu'il s'agisse d'un simple retard ou d'une inexécution autrement caractérisée, la condition résolutoire tacite n'en est pas moins réalisée, puisqu'il n'a pas été satisfait à ses engagements par l'une des parties.

10. Ce n'est pas cependant qu'il n'y ait à faire aucune différence pratique entre ces deux genres d'inexécution. S'agit-il de faits irrévocablement accomplis, constituant des infractions définitives aux engagements qui résultent du contrat? Les juges ont la faculté d'apprécier les circonstances, le caractère de l'inexécution, l'intensité du dommage, ses conséquences à venir. Ils peuvent, au lieu de prononcer la résolution, condamner à des dommages et intérêts et à des restitutions la partie contrevenante, et ordonner l'emploi de mesures destinées à réparer l'inexécution, ou à en prévenir le retour. Ainsi,

en cas d'éviction partielle éprouvée par l'acquéreur, ils ont un pouvoir souverain d'appréciation sur la question de savoir s'il n'eût pas également acheté sans la partie dont il a été évincé (1636). La résolution de la vente dépend donc de l'examen des circonstances, bien qu'il soit constant que le vendeur n'a pas exécuté le contrat. De même, lorsque le preneur n'exécute pas les clauses du bail, et qu'il en résulte un dommage pour le bailleur, celui-ci peut, suivant les circonstances, faire résilier le bail (1766). Il ne suffit donc pas toujours d'une inexécution quelconque, pour que l'action en résolution soit fondée; il faut en outre une certaine intensité dans le préjudice, une certaine gravité dans les circonstances, toutes choses abandonnées par la loi à l'appréciation des tribunaux.

Cependant ce pouvoir échappe aux juges, lorsque s'agissant de tout ou rien, suivant le droit du créancier, le débiteur est hors d'état de donner à son engagement l'exécution totale et indivisible dont il est tenu. Ils ne peuvent alors s'empêcher de prononcer la résolution. Ainsi, le défaut de délivrance de l'un des accessoires de la chose, quelque faible qu'en soit l'importance, ouvre à l'acheteur le droit de demander la résolution; et les tribunaux ne peuvent arbitrairement, sous le seul prétexte du peu d'importance des objets non délivrés, substituer à la résolution demandée une indemnité pécuniaire (1).

Mais s'il s'agit d'un simple retard dans l'exécution du contrat, de telle sorte qu'elle soit encore possible, les juges, s'ils n'en prononcent pas immédiatement la résolution, ne peuvent jamais dispenser le débiteur d'accomplir ses engagements, en le condamnant à des dommages et intérêts pour en tenir lieu. Le contrat étant la loi des parties, doit être pleinement et indivisiblement exécuté, puisqu'il peut l'être; autrement, il dépendrait du débiteur d'accomplir ou non ses engagements, et de faire substituer à une obligation qu'il peut exécuter, une condamnation à des dommages et intérêts.

Cette différence pratique entre l'inexécution provenant du

(1) Cass., 12 avril 1843. Sirey, 43, 1, 281.

simple retard et celle résultant de faits irrévocables, définitifs, tient à la nature même des choses. Le simple retard ne rendant point impossible l'exécution du contrat, ne saurait en effet être plus convenablement réparé que par cette exécution, quoique tardive, pourvu que rien dans les stipulations de la convention ne s'y oppose. Alors, au contraire, qu'il y a fait accompli, de quelque manière qu'on puisse s'y prendre, on ne peut faire que le passé ne soit irrévocable et l'inexécution définitive; d'où la nécessité, si la résolution n'est pas prononcée, de condamner la partie contrevenante à des dommages et intérêts, ou d'ordonner l'emploi de mesures destinées à procurer au créancier une juste réparation; sauf aux juges à accorder un délai pour l'exécution de leur jugement (122, C. pr.).

Mais il y a entre les deux cas ce point commun. S'ils ont la faculté d'apprécier les circonstances, lorsqu'il s'agit de faits définitivement accomplis, avant de prononcer la résolution, les juges ont la même faculté, lorsque la demande en résolution est fondée sur un simple retard. Ainsi, des termes de l'article 1610 qui autorise l'action en résolution, lorsque le vendeur n'a pas fait délivrance au terme convenu, il ne faut point conclure que les juges doivent nécessairement et immédiatement la prononcer, alors que le vendeur offre de livrer la chose. Comme ils sont en droit d'accorder un délai plus ou moins long, suivant les circonstances (1184), ils doivent apprécier les faits, la durée du retard, l'étendue du dommage, en un mot, l'inexécution en elle-même et dans ses conséquences; et c'est d'après cette appréciation qu'ils statuent sur l'action en résolution, soit pour la rejeter, soit pour l'admettre (1), sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les ventes de meubles ou d'immeubles, du moins en droit pur; car en fait, lorsqu'il s'agit de meubles, la résolution presse davantage.

11. L'action en résolution peut être poursuivie tout aussi

(1) Troplong, *Vente*, n° 293. — Duvergier, *Vente*, t. 1, n° 266. — Cass., 15 avril 1845. Sirey, 45, 1, 345.

bien pour l'inexécution des obligations accessoires et secondaires, stipulées pour le contractant ou pour des tiers, que pour l'inexécution des obligations stipulées dans son intérêt exclusif. Je vous vends ma maison moyennant dix mille francs, et encore à la charge par vous de donner, de faire ou de ne pas faire telle chose, soit dans mon intérêt, soit dans l'intérêt d'un tiers. Cette stipulation secondaire dont nous avons eu à nous occuper et que nous avons appelée mode, fait partie intégrante de la convention. Elle en constitue également la cause, concurremment avec la stipulation principale du prix de dix mille francs. Si donc l'acquéreur ne satisfait pas à ce mode, je pourrai, pourvu que j'aie un intérêt juridique à son exécution, poursuivre la résolution de la vente, comme je pourrais le faire en cas de non payement du prix (1).

12. Il ne suffit pas qu'en fait le contrat soit inexécuté, pour que le créancier puisse en poursuivre la résolution. Il faut que l'inexécution soit injuste, c'est-à-dire contraire aux règles du droit, ou, en d'autres termes, que le débiteur puisse être juridiquement contraint à exécuter ses engagements. Alors en effet qu'il n'a fait qu'user de son droit, en n'exécutant pas, cette inexécution est légitime et ne peut fonder une action en résolution; car nul ne peut être poursuivi pour l'exercice régulier de son droit.

Tels sont d'abord les cas de nullité, de rescision de contrat, pour vices de consentement, de capacité, d'objet ou de cause, de la part du promettant contre lequel la résolution est demandée, pour inexécution prétendue de ses engagements. A cette demande en résolution il n'a qu'à opposer, pour légitimer l'inexécution qui lui est reprochée, une exception de rescision et de nullité. Les rôles commencent dès lors à être intervertis. Le défendeur à la résolution se pose, par voie d'exception, demandeur en nullité ou en rescision du contrat. Si l'exception est reconnue fondée, l'action en résolution s'évanouit; si elle

(1) Voy. 1121, n° 11.

est rejetée et que le contrat soit reconnu régulier et valable, la résolution peut alors en être prononcée, parce que le promettant a eu tort de ne pas exécuter ses engagements. Qu'il y ait résolution, rescision ou nullité, les parties doivent sans doute être remises, en conséquence, au même et semblable état qu'avant la convention; cependant on comprend combien il leur importe respectivement que l'une soit prononcée plutôt que l'autre, surtout sous le rapport des frais exposés et des dommages et intérêts prétendus.

Mais il y a d'autres cas d'inexécution autorisée. Nous en trouvons même le principe dans l'article 1184. En ouvrant en effet l'action en résolution dans le cas où l'une des parties ne satisfait pas à ses engagements, la loi reconnaît au demandeur le droit de ne pas exécuter lui-même ses obligations. Car, s'il est, en matière de contrats, un principe de souveraine équité, c'est que l'un ne soit pas tenu de remplir ses engagements quand l'autre s'affranchit des siens. Ainsi, le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur ne paye pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé de délai pour le payement (1612) (1). Il ne sera pas non plus obligé à la délivrance, quand même il aurait accordé un délai pour le payement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix, à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme (1613) (2). Si donc l'acquéreur demandait, dans ce cas, la résolution de la vente pour défaut de délivrance, il y serait mal fondé, et le vendeur lui opposerait d'une manière péremptoire soit le défaut de payement, soit son état de faillite ou de déconfiture.

L'acheteur, pour fonder l'exercice de son action, n'aurait qu'à offrir préalablement son prix, s'il doit être payé comptant, ou à donner caution, s'il doit être payé à terme. Alors seulement le vendeur pourrait être contraint à faire délivrance, et

(1) L. 13, § 8, *ff. De act. empt.* — POTHIER, *Vente*, n° 63.
(2) POTHIER, *Vente*, n° 67.

serait constitué en état d'inexécution de ses engagements.

Si le vendeur, avant d'avoir fait délivrance, demandait lui-même la résolution pour défaut de payement, il y serait de même non recevable. Son action ne pourrait être accueillie que sous la condition que la délivrance serait préalablement offerte.

Règle générale : c'est au demandeur à justifier sa demande; il doit donc commencer par satisfaire le premier à ses obligations, puisqu'il n'a pas d'autre moyen de fonder son action (1). C'est là un principe de bon sens.

Si l'acheteur est troublé ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action, soit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le payement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner caution, ou à moins qu'il n'ait été stipulé que, nonobstant le trouble, l'acheteur payera (1653) (2). Le vendeur ne peut donc, dans ce cas, poursuivre la résolution, à défaut de payement, à moins qu'il ne fasse cesser le trouble ou ne donne bonne et solvable caution.

13. Mais l'action résolutoire ne peut être écartée, par cela seul que le tiers détenteur aurait notifié son contrat aux créanciers inscrits sur l'immeuble, et provoqué l'ouverture d'un ordre, afin d'arriver au purgement de la propriété. Les juges ne pourraient, dans ce cas, sans violer les articles 1184 et 1654, rejeter purement et simplement l'action en résolution, en la déclarant définitivement non recevable. Tout ce qu'ils ont le droit de faire dans l'intérêt du tiers détenteur ou de l'acquéreur immédiat, c'est d'accorder un délai plus ou moins long, suivant les circonstances, et de surseoir à la résolution du contrat. En renvoyant en effet, par un rejet pur et simple de son action, le demandeur à se faire payer dans l'ordre ouvert, on

(1) TROPLONG, *Vente*, nos 340, 593, qui cite Cujas sur la loi 25, *De act. empt.*, et Voët, *Ad pandectas*, *De act. empt.*, n° 23.

(2) L. 18, § 1, *ff. De peric. et comm. rei vend.* — DOMAT, liv. 1, tit. 2, sect. 3, n° 11.

lui enlève le bénéfice d'une action dont l'article 1654 lui assure l'exercice; on restreint ses droits à une simple action en payement, tandis que cette même action a pour corollaire et pour complément l'action en résolution du contrat. Cette dernière action ayant pour cause le non payement, et pour objet la reprise de la chose, ce serait en altérer le caractère et en méconnaître la nature, que d'en ajourner l'exercice au moment où il sera plus tard vérifié à l'ordre si le prix sera ou non intégralement payé. On ne peut donc, de ce que le tiers-détenteur se met à même de purger, tirer argument pour le soustraire à l'action résolutoire; on ne peut y puiser qu'un motif de sursis, d'ajournement quant à présent, et encore suivant les circonstances (1).

Il est en effet facile de comprendre que, s'il n'existe d'hypothèques sur la chose que du chef des détenteurs intermédiaires, et nullement du vendeur primitif, ce dernier ne peut voir son droit paralysé par l'existence d'hypothèques qui lui sont étrangères, et par le fait de reventes qui, en diminuant ses sûretés, ne font que rendre la résolution plus urgente. Que si les hypothèques qu'il s'agit de purger viennent du vendeur originaire non payé, comme ces hypothèques peuvent mettre le tiers-détenteur en danger de perdre la chose et le prix, l'article 1653, ainsi que nous venons de le voir, l'autorise à suspendre le payement jusqu'à la cessation du trouble ou bail de caution. Mais encore, dans ce cas, comme il n'y a que suspension de payement, l'action en résolution subsiste et peut toujours être intentée, aussitôt que celle en payement est bien venue contre lui.

14. Lorsque les obligations inexécutées de part et d'autre dérivent du même contrat, aucune difficulté sérieuse ne saurait se présenter. Mais la question cesse d'être aussi simple, lorsque l'une des parties s'autorise, pour inexécuter ses engagements, de ce que l'autre n'exécute pas de son côté les enga-

(1) Cass., 10 déc. 1844. SIREY, 45, 1, 155.

gements qui résultent pour elle d'une convention différente. Ainsi, je vous vends d'abord tant de pièces de vin; vous me vendez ensuite tant de balles de sel. Vous ne pouvez me refuser délivrance du sel, sous le seul et unique prétexte que je ne vous ai pas fait délivrance du vin. Ce sont deux contrats distincts, passibles d'une exécution séparée et indépendante, qui soumettent chaque partie à une action en résolution distinctement applicable à chacun d'eux, sauf les dommages et intérêts, lesquels pourront venir, après jugement, respectivement en compensation. Chaque fois donc que les deux conventions seront sans corrélation entre elles, l'inexécution de l'une par l'une des parties n'autorisera pas l'autre partie à ne pas exécuter ses engagements résultant de l'autre.

Mais si les deux conventions, par les rapports qui les lient, ce qui est abandonné à l'appréciation des tribunaux, se fondent, pour ainsi dire, en une seule; si, par exemple, la vente que vous m'avez consentie d'une certaine quantité de sel a eu, dans notre intention commune, pour objet de ménager une compensation entre le prix de cette vente et celui de la vente du vin que je vous ai faite, ou mieux encore, de constituer un échange de ces denrées avec ou sans soulte, vous pourrez fonder l'inexécution de vos engagements sur l'inexécution des miens, comme moi, l'inexécution des miens sur celle des vôtres. Si donc l'un de nous se porte demandeur en résolution, il devra commencer, pour justifier sa demande, par exécuter ses obligations, ou du moins par en offrir le payement.

15. S'il est enfin une inexécution impuissante à fonder l'action en résolution, c'est évidemment celle qui résulte du propre fait du créancier, lorsqu'il a rendu impossible l'exécution des engagements de l'autre partie, soit par le refus d'offres satisfactoires, soit par un fait quelconque de sa part, positif ou négatif. Il ne peut en effet, dans ce cas, imputer à son débiteur une inexécution qui ne vient, au contraire, que de lui, et dont il doit être seul déclaré responsable.

Quand nous disons que l'inexécution de ses engagements de la part de l'une des parties autorise l'autre à ne pas accomplir les siens, nous ne prétendons pas que cette dernière puisse légitimement se faire justice à elle-même. Nous voulons dire seulement qu'elle ne peut être poursuivie en résolution du contrat, puisqu'elle ne peut l'être en payement, tant que son adversaire n'a pas satisfait lui-même à ses obligations personnelles. Elle peut donc, de son côté, surseoir à l'exécution de ses engagements, sans que toutefois il lui soit permis d'y contrevenir par un fait positif, qui constituerait de sa part une infraction formelle à la loi du contrat. Quelle que fût, dans ce cas, la faute de son adversaire pour ne pas avoir exécuté ses engagements, celui-ci pourrait néanmoins fonder sur une semblable contravention son action résolutoire, sauf au défendeur à demander contre lui des dommages et intérêts à raison de l'inexécution de ses engagements, et sauf aussi aux tribunaux à apprécier les griefs de l'un et de l'autre (1).

16. Le principe posé dans l'article 1184, nous le trouvons consacré par divers articles du Code de procédure (733, 838, 964, 988), avec les modifications appropriées à la nature des contrats. Il s'applique ainsi aux ventes judiciaires, et même avec une sévérité toute particulière, à raison de la solennité de ces contrats passés sous la protection de la justice. Faute par l'adjudicataire d'exécuter les clauses de l'adjudication, l'immeuble sera vendu à sa folle-enchère (733, C. pr.); et cette disposition n'est pas applicable seulement aux adjudications sur saisie immobilière, elle l'est encore aux adjudications sur surenchères après vente volontaire (838, C. pr.), aux ventes de biens de mineurs (964, C. pr.), aux ventes d'immeubles dépendants de successions bénéficiaires (988, C. pr.).

Cette poursuite en folle-enchère n'est, en réalité, pas autre chose que la résolution de la vente, à défaut de payement du prix, une véritable condition résolutoire tacite. Seulement, la

(1) Cass., 8 janv. 1850. Sirey, 50, 1, 391

procédure est différente, parce que le législateur a dû l'approprier à la nature et aux formes du contrat qu'il s'agit de résoudre. Comme l'adjudication a pour but essentiel de convertir en argent une chose immobilière, l'adjudicataire n'exécutant pas les charges, la chose est remise aux enchères (734, 739, C. pr.), pour être convertie en une somme d'argent. Si, sur ces nouvelles enchères, l'adjudication n'atteint pas le prix de la précédente adjudication, comme les créanciers ou le propriétaire en éprouveraient autrement un dommage, le fol-enchérisseur est tenu par corps de la différence entre son prix et celui de la revente sur folle-enchère (740, C. pr.).

Cette différence de prix ne doit pas s'entendre uniquement de la différence qui peut exister entre l'adjudication du fol-enchérisseur, et celle qui l'a suivie immédiatement. Le législateur a entendu par ces mots, prix de la revente sur folle-enchère, le prix réel et effectif, sur lequel, en définitive et en fin d'adjudications, les créanciers peuvent utilement faire valoir leurs créances. Autrement, le fol-enchérisseur, bien que sa position ne puisse pas plus être améliorée qu'aggravée par la témérité d'un autre fol-enchérisseur subséquent, pourrait, au moyen d'une collusion facile, s'exonérer des conséquences de sa propre faute, et priver, en cas d'insolvabilité de l'adjudicataire subséquent, les créanciers des droits qui leur étaient acquis contre lui par le seul fait de sa folle-enchère. Le fol-enchérisseur est donc tenu de la différence du prix entre son adjudication et l'adjudication dernière, alors même que le prix de la seconde adjudication poursuivie sur le premier fol-enchérisseur serait supérieur à celui de la première adjudication, si, le second adjudicataire ayant été lui-même poursuivi en folle-enchère, le prix de cette dernière adjudication est lui-même inférieur au premier (1).

Le payement de cette différence est la juste punition de la témérité du fol-enchérisseur, et la non moins juste réparation du préjudice causé par l'inexécution du contrat. Mais la pre-

(1) Cass., 25 fév. 1835. DALLOZ, 35, 1, 183.

mière adjudication et la revente ne font qu'une seule et même vente, qui n'est que l'exécution et le dénoûment d'une seule et même poursuite. Aussi, le règlement d'ordre est-il maintenu, nonobstant la revente sur folle-enchère, parce que, d'une part, l'ordre qui a été définitivement clos, et a acquis entre les créanciers colloqués l'autorité de la chose jugée ou amiablement consentie, n'est pas subordonné à l'exécution des charges par l'adjudicataire, et que, d'autre part, la revente n'a d'autre but que de faire sortir les collocations à effet (1).

Il est si vrai que la folle-enchère ne fait que résoudre l'adjudication, que le fol-enchérisseur ne peut réclamer l'excédant du prix, s'il y en a; cet excédant est payé aux créanciers, ou si les créanciers sont désintéressés, à la partie saisie (740, C. pr.). Que l'on ne cherche pas à expliquer cette privation de l'excédant, par la considération d'une sorte de peine infligée au fol-enchérisseur; car l'attribution qui en est faite aux créanciers ou à la partie saisie, n'est que la conséquence des principes ordinaires de toute résolution, en vertu desquels la chose est censée n'avoir jamais appartenu à l'acquéreur contre lequel la résolution est plus tard obtenue. Ce n'est donc pas sa propriété qui a été revendue à sa folle-enchère ; c'est celle du saisi ; d'où la conséquence que l'excédant revient à ce dernier ou à ses ayants-cause, sans qu'il puisse même en déduire les dépens de la folle-enchère qui restent à sa charge, comme frais de poursuites légitimes.

On a prétendu cependant (2) que la revente sur folle-enchère n'était pas la résolution de la première adjudication, mais constituait plutôt la défaillance de la condition suspensive de payement, sous laquelle toute adjudication faite en justice est réputée consommée. La rédaction de cette partie de l'arrêt de la Cour suprême nous semble d'abord pleine de confusion; car, après avoir dit que l'adjudication sur saisie réelle est soumise à la condition suspensive du payement, on ajoute

(1) Troplong, *Hyp.*, n° 721. — Cass., 12 nov. 1821. Sirey, 22, 1, 73.
(2) Cass., 24 juin 1846. Dalloz, 46, 1, 257. — Sirey, 47, 1, 563.

qu'elle est résolue par l'évanouissement de cette condition inhérente. N'est-ce pas là l'oubli d'un principe rudimentaire, à savoir, que la défaillance de la condition suspensive n'opère pas de résolution, par la raison toute simple que l'acte n'a jamais eu la moindre existence? Il vaut mieux dire franchement que la condition de payer le prix est une condition résolutoire, dont l'exercice se traduit en poursuites en folle-enchère. En effet, l'adjudication n'a pas fait l'adjudicataire propriétaire s'il ne paye pas le prix, dit Pothier, cité par M. Troplong (1). A défaut de payement, l'adjudicataire n'a pas été fait vrai propriétaire (2). L'acquéreur en vente judiciaire ne l'est pas qu'il n'en ait payé le prix (3). Henrys (4) y fait du payement une véritable condition résolutoire, semblable au pacte commissoire. La première adjudication, faute par l'adjudicataire d'exécuter les charges, est enfin rescindée, résolue, caduque, de telle sorte qu'elle est censée n'avoir jamais existé, et qu'il n'y a en définitive qu'une seule adjudication, qui est la dernière. Comment en effet qualifier autrement que de contrat soumis à une condition résolutoire, l'adjudication par laquelle l'acquéreur ne devient vrai propriétaire qu'à la charge de payer son prix (5)?

L'action en folle-enchère n'étant ainsi qu'une action spéciale en résolution, si l'adjudicataire ne paye pas les créanciers utilement colloqués, ces derniers peuvent poursuivre la folle-enchère; et l'exercice de ce droit ne dépend point des mesures prises par les adjudicataires entre eux ou par leurs représentants. Les juges ne peuvent conséquemment sourseoir à la folle-enchère, en insérant, par exemple, dans le cahier des

(1) *Hyp.*, n° 721.

(2) VALIN, *La Rochelle*, T. 1, art. 19, n° 95. — D'HÉRICOURT, ch. 9, n° 33.

(3) BOUCHEUL, *Poitou*, art. 444, n° 45.

(4) Liv. 3, ch. 54.

(5) TROPLONG, *Hyp.*, n° 721. — MERLIN, Rép., v° *Folle-Enchère*. — DUVERGIER, *Vente*, T. 1, n° 79. — Cass., 8 août 1854. SIREY, 54, 1, 609.

charges relatif à la licitation que les adjudicataires poursuivent entre eux, la clause que l'adjudicataire éventuel payera les créanciers colloqués. C'est là paralyser l'exercice d'un droit de poursuite absolu, et fondé sur un titre exécutoire, outre que c'est en même temps substituer un débiteur à un autre, contre la volonté des créanciers (1).

Les parties auxquelles la loi accorde le droit de poursuivre la revente sur folle-enchère peuvent enfin, suivant nous, au lieu d'user de cette voie, demander la résolution de l'adjudication, d'après les principes du droit commun. Elles reprennent alors la chose même, comme dans les cas ordinaires de résolution. Tels sont les propriétaires dont les biens ont été vendus en justice, pour cause de dotalité ou de minorité, et le saisi lui-même, lorsqu'il a désintéressé ses créanciers. Qu'importe en effet à l'adjudicataire qu'il soit dépossédé par la revente sur folle-enchère, ou par une action résolutoire? Et les tiers qui tiennent des droits de lui y sont eux-mêmes sans intérêt.

Nous pensons même que l'action résolutoire est alors poursuivie, sans qu'ils puissent se prévaloir de l'article 717, C. pr., ni de l'article 7 de la loi du 23 mars 1855 concernant l'extinction du privilége de vendeur, parce que ces dispositions sont étrangères au cas de folle-enchère (2), et qu'il leur est indifférent que la dépossession de l'adjudicataire ait lieu par suite d'une action au lieu d'une autre. Toutefois, l'action en résolution ne s'exercera que dans les formes ordinaires, et suivant les règles communes posées dans l'article 1184.

17. Quelle que soit la généralité du principe posé par notre article, elle ne repousse cependant pas toute exception ; par exemple, le seul défaut de payement des arrérages de la rente viagère constituée à titre onéreux (3), n'autorise point celui

(1) Cass., 6 mai 1844. Sirey, 44, 1, 686.
(2) *Infrà*, nos 64 et 66.
(3) Troplong, *Contrats aléat.*, n° 312. — Cass., 18 juill. 1846. Sirey, 36, 1, 535. — Poitiers, 6 janv. 1837. Sirey, 37, 2, 261. — Caen, 21 avril 1841. Sirey, 41, 2, 433.

en faveur de qui elle est constituée, à demander le remboursement du capital, ou à rentrer dans le fonds par lui aliéné ; il n'a que le droit de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur, et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages (1978). Cette disposition est fondée moins sur la rigueur du droit que sur l'équité. Le législateur a pensé qu'il serait trop rigoureux qu'après le payement d'annuités qui le plus souvent ébrèchent le capital, le débiteur pût être dépouillé, par suite de la résolution, des bénéfices du contrat, peut-être à la veille de l'extinction naturelle de la rente, lorsque le payement peut en être assuré par un judicieux emploi du capital, et que, par une équitable conciliation de leurs droits et de leurs intérêts, il est possible de satisfaire autrement le débiteur et le créancier.

Mais il ne faut pas assimiler la constitution d'une rente viagère à la cession d'une rente déjà constituée, moyennant certaines prestations annuelles et également viagères, telles que le logement, l'entretien, la nourriture. Si le cessionnaire ne satisfait pas à ses engagements, le rentier cédant peut faire résoudre le contrat (1).

De même aussi, lorsqu'un usufruitier cède son usufruit moyennant une prestation annuelle et également viagère, il peut, à défaut de payement, poursuivre la résolution du contrat qui, en réalité, ne contient aucune chance aléatoire (2).

Si le prix de vente consistait, partie en capital, partie en rente viagère, nous croyons que le défaut de payement du capital suffirait, sans qu'il fût besoin de stipuler le pacte commissoire, pour fonder l'action en résolution. On ne peut en effet appliquer à cette portion du prix les principes relatifs à la stipulation d'une rente viagère. Sa stipulation indique même que les parties sont tacitement convenues du droit de réso-

(1) TROPLONG, *Cont. aléat.*, 304. — Bordeaux, 1er août 1834. DALLOZ, 35, 2, 35.
(2) Douai, 15 juin 1846. SIREY, 46, 2, 535.

lution, en cas de non payement, bien que, dans une autre partie, il offre le caractère aléatoire de la rente viagère. Mais si l'acheteur paye la portion de prix convenue en capital, alors ne devant plus que la portion convenue en rente viagère, il profite des dispositions de l'article 1978. Telle est la conciliation qu'il nous semble convenable de faire entre les principes généraux applicables à telle portion du prix, et l'exception applicable à telle autre portion (1).

18. Si, au lieu d'être abandonné moyennant une rente viagère, l'immeuble l'avait été moyennant une rente perpétuelle, l'action résolutoire serait, dans ce cas, autorisée. Il n'y aurait même pas besoin d'attendre deux ans; car il s'agit, non du remboursement d'un capital, mais de la résolution d'un contrat (2).

19. Si le prix avait été, après sa fixation, converti en rente perpétuelle, il y aurait lieu alors à l'application de l'article 1912, pourvu qu'il y eût novation. Il s'agirait, dans ce cas, réellement du remboursement du capital, et non de la résolution de la vente. Mais la novation ne se présume point, et il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte (1273). Il ne suffirait donc pas de convertir simplement le prix resté dû en une rente perpétuelle, pour qu'il y eût novation. Il faudrait, dans le doute, n'y voir qu'un mode de payement substitué au premier, de telle sorte que le défaut de payement, quel qu'il fût, des arrérages de la rente, pour plus ou moins de deux ans, pourrait fonder la résolution du contrat, comme si, dès le principe, la rente avait été convenue (3).

20. Mais les parties peuvent expressément convenir que la

(1) Cass., 20 nov. 1827. Sirey, 28, 1, 193. — Orléans, 6 fév. 1835. Sirey, 37, 2, 75. — Cass., 13 juin 1837. Sirey, 38, 1, 45.

(2) Troplong, *Vente*, n° 649. — Duranton, t. 16, n° 370, et t. 4, n° 153. — Zachariæ, t. 3, pag. 105.

(3) Voy. 1273, n° 9. — Troplong, *Vente*, n° 649. — *Contrà*, Duranton, t. 16, n° 370. — Toullier, t. 7, n° 305.

rente viagère sera résoluble pour le seul défaut de payement des arrérages. Les dispositions de l'article 1978 ne contiennent aucune prohibition de cette clause, qui ne présente au surplus rien de contraire aux bonnes mœurs, ni aux prohibitions générales de la loi.

Cependant M. Duranton (1) craint qu'une stipulation semblable ne devienne de style, et la regarde comme contraire à la nature du contrat de rente viagère, où chaque annuité excédant en général les fruits ou les intérêts du capital, se prend en partie sur ce capital même. Mais nous ferons d'abord remarquer qu'il est d'autant moins à redouter qu'elle devienne purement de style, que la loi contient une disposition expresse du contraire, et que dès lors l'attention des parties, aussi bien que celle du notaire chargé de la rédaction de l'acte, sera justement éveillée par cette stipulation exceptionnelle. Quant à ce qu'elle peut renfermer de contraire à la nature du contrat de rente viagère, nous disons qu'il faut distinguer entre ce qui est de la nature et ce qui est de l'essence d'une convention; que ce qui est simplement de la nature peut être modifié par les parties; enfin que la résolution pour inexécution est si peu contraire à l'essence de la rente viagère, que la loi elle-même la déclare résoluble, si le constituant ne donne pas les sûretés promises pour son exécution (1977). Que si les annuités de la rente s'amortissent en partie aux dépens du capital, ce n'est pas une raison pour empêcher le rentier de stipuler une résolution qui laisse dans ses mains les arrérages perçus ou échus, soit à titre de dommages et intérêts, soit comme indemnité des risques qu'il a courus jusqu'à la résolution (2).

21. A ce sujet, nous ferons une observation importante sur les effets de la résolution du contrat de rente viagère. Du

(1) T. 18, n° 169.

(2) TROPLONG, *Vente*, n° 648; et *Contrats aléat.*, n° 310. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 86. — Cass., 26 mars 1817. SIREY, 17, 1, 215. — 23 août 1843. SIREY, 43, 1, 892.

moment que la résolution en est définitivement encourue, soit par jugement passé en force de chose jugée, soit par la vertu propre du pacte commissoire, il n'y a plus de rentier, il n'y a plus de débiteur de la rente. Il y a seulement un créancier et un débiteur du capital de l'ancienne rente. Dès lors le ci-devant rentier n'a plus droit aux arrérages de la rente éteinte; il n'a droit qu'aux fruits de la chose, ou aux intérêts du capital, au taux déterminé par la loi. Autrement, il continuerait de percevoir la prime des risques qui ont cessé (1); à moins cependant que les tribunaux, en prononçant la résolution, n'eussent condamné le débiteur de la rente à payer les arrérages postérieurs, jusqu'au remboursement du capital, expressément à titre de dommages et intérêts (2).

Mais, quant aux arrérages antérieurs à la résolution définitivement prononcée ou acquise au profit du créancier, le débiteur doit continuer de les payer jusqu'au moment de cette résolution, de même que le créancier n'est pas tenu de les restituer, s'il les a touchés, quand même le débiteur offrirait de rendre les intérêts et les fruits de la chose, à moins de clause expresse du contraire. La raison en est que la résolution accomplie ne fait pas rétroactivement qu'aucun risque n'ait été encouru jusque-là; car si le créancier de la rente était venu à mourir, la rente eût été frappée d'extinction. Les arrérages sont donc, ainsi que le dit Pothier (3) avec une énergique précision, le prix du risque, et le risque a eu lieu jusqu'à la résolution du contrat (4).

Enfin, comme la résolution n'est définitivement encourue, en l'absence d'un pacte commissoire exprès, que par un juge-

(1) Pothier, *Contrat de rente*, n° 230. — Merlin, Rép., v^is *Rente viagère*, n° 4. — Delvincourt, t. 3, pag. 650. — Troplong, *Contrats aléat.*, n° 316.

(2) Voy. cass., 23 août 1843. Sirey, 43, 1, 892.

(3) *Contrat de rente*, n° 230.

(4) Duranton, t. 18, n° 164. — Zachariæ, t. 3, pag. 86, n^te 6. — Troplong, *Contrats aléat.*, n°s 298 et 316. — Merlin, Delvincourt, *ibid.* — Caen, 16 fév. 1843. Sirey, 44, 2, 98.

ment ayant acquis l'autorité de la chose jugée ; comme la rente peut toujours s'éteindre durant l'instance en résolution, tant que cette résolution n'est pas irrémissiblement acquise, un jugement frappé ou susceptible d'appel n'arrêterait pas, l'appel échéant, le cours des arrérages, pas plus qu'il n'arrête les risques (1).

22. Si le contrat de rente viagère, sauf convention expresse du contraire, n'est pas résoluble pour le seul défaut de payement de la rente, cette exception au principe général posé par l'article 1184 ne tient pas à la nature du contrat, mais seulement à l'espèce particulière d'inexécution. Nous voyons en effet que celui au profit duquel la rente viagère a été constituée moyennant un prix, peut demander la résolution du contrat, si le constituant ne lui donne pas les sûretés stipulées pour son exécution (1977).

23. La durée de la rente viagère étant subordonnée à des chances dont l'incertitude a été convenue entre les parties, et que nulle d'entre elles ne peut modifier par son fait, il s'ensuit que le contrat est résoluble dans le cas où le débiteur donne la mort au crédi-rentier, volontairement ou non (2), hors le cas de légitime défense.

Que si néanmoins les ayants-droit n'en poursuivaient pas la résolution, mais demandaient la continuation du service de la rente, nous croyons que les tribunaux, tout arbitraire que soit la fixation, pourraient déterminer un certain nombre d'années pendant lesquelles le service de la rente serait continué, eu égard aux circonstances et aux chances de longévité du rentier homicidé.

24. Au surplus, celui qui s'oblige à payer une rente viagère peut poursuivre la résolution du contrat, si le rentier ne satisfait lui-même à ses engagements ; si, par exemple, il ne

(1) POTHIER, *ibid.* — DURANTON, T. 18, n° 166. — TROPLONG, *ibid.*, n°s 297 et suiv.

(2) TROPLONG, *ibid.*, n°s 353 et suiv.

délivre pas le capital promis; si la chose par lui donnée est revendiquée par des tiers. La résolution du contrat rentre alors dans les règles ordinaires.

Tel est également le cas d'une cession faite par le rentier de sa rente viagère, moyennant un capital déterminé. Si le cessionnaire ne paye pas ce capital, la cession peut être résolue. C'est que le bénéfice de la non résolution n'existe qu'en faveur du débiteur de la rente, et seulement pour défaut de payement des arrérages.

25. Les contractants peuvent convenir que leur convention, quelle qu'elle soit, ne sera pas résoluble pour défaut d'exécution, ou ne le sera que dans tel ou tel cas d'inexécution. Une pareille clause n'est en effet réprouvée par aucune disposition. Il ne reste alors que l'action en payement, avec dommages et intérêts; mais comme cette exception à la règle est purement conventionnelle, c'est à peine si elle touche au droit.

C'est ainsi que, dans les cahiers des charges pour ventes faites en justice, on met généralement cette clause qu'en cas d'éviction partielle, l'adjudicataire ne pourra demander qu'une réduction proportionnelle du prix, sans dommages et intérêts; ce qui d'ailleurs est de droit en pareille matière, où l'article 1637 est inapplicable, puisqu'il n'y a pas lieu à garantie (1).

Mais, en l'absence d'une pareille clause dans le cahier des charges, l'adjudicataire est fondé, comme au cas de vente ordinaire, à demander la résolution du jugement d'adjudication, toutefois sans dommages et intérêts, à moins de fraude et de mauvaise foi caractérisée, pour une éviction partielle, conformément à l'article 1636, si la partie de la chose est de telle conséquence relativement au tout, qu'il n'eût point acheté sans cette partie dont il a été évincé.

26. Voici d'autres exceptions plus sérieuses, plus importantes; car elles tiennent à la nature et au fond même de l'acte.

(1) TROPLONG, *Vente*, n° 522.

En matière de cession d'office, il n'y a pas de résolution Le cédant et le cessionnaire ne peuvent agir qu'en exécution du traité, ou poursuivre des dommages et intérêts, ou demander une réduction du prix, du moins après que le cessionnaire a été régulièrement investi de l'office par l'institution publique. Une résolution prononcée dans ce cas aboutirait à une sorte d'expropriation de la souveraineté, puisque la nomination serait réputée non avenue, et que le titre retournerait au cédant, par la seule force d'une volonté privée qui doit, au contraire, dépendre de la volonté et de l'autorité publiques.

Quand nous disons qu'en matière de cession d'offices, il n'y a pas lieu à résolution pour inexécution des engagements, on comprend bien que nous parlons seulement du titre qui est conféré par le gouvernement. Aussi, le cédant et le cessionnaire peuvent-ils également l'un et l'autre, avant la nomination, se poursuivre réciproquement en résolution du traité, comme s'il s'agissait d'un contrat ordinaire, pour inexécution de leurs obligations respectives. L'acte contenant transmission de l'office est alors résolu comme traité, sans que sa résolution emporte révocation du titre, puisque nous supposons qu'il n'a pas été encore conféré. Elle s'applique seulement à la charge, considérée comme chose tombée dans le commerce.

Cette distinction, quant à l'exercice de l'action résolutoire, entre l'office et le titre, nous conduit à des conséquences analogues, dans l'hypothèse où le nouveau titulaire vient lui-même à revendre l'office. Supposons que le cédant primitif n'ait pas été payé de son prix, et, d'autre part, qu'il ne puisse exercer sur le prix encore dû par le dernier cessionnaire, le privilége de vendeur que la jurisprudence a consacré; par exemple, parce qu'il n'est qu'un donateur avec charges, et qu'à ce titre il n'a pas le privilége de vendeur. Supposons que les charges de la donation n'aient pas été acquittées. Sans doute il n'aura pu, tant que le cessionnaire, son donataire, sera resté investi du titre, poursuivre, pour inexécution des charges, la résolution de la donation; il n'aura eu qu'une action en payement. Mais le donataire ayant cédé lui-même l'office à un tiers, et le

prix de cession étant encore dû, le donateur pourra-t-il alors exercer l'action résolutoire? Nous croyons qu'il le peut, et voici comment.

Si la jurisprudence a reconnu en faveur du vendeur le privilége résultant de l'article 2102, § 4, pour effets mobiliers non payés, c'est qu'elle a considéré le prix encore dû de l'office comme représentant la chose, en vertu d'une subrogation réelle de sa valeur réalisée à l'objet lui-même. Le débiteur, resté créancier du prix de l'office, est censé en avoir encore la possession. Or, ce privilége de vendeur s'exerçant ainsi dans les mêmes conditions que l'action résolutoire, cette dernière action subsiste dans les cas où il vient à manquer. Le donateur qui en est destitué pourra donc néanmoins faire résoudre, et suppléer une action par l'autre. L'action résolutoire, il est vrai, n'aura plus la chose même pour objet, mais seulement son prix. Mais telle est la conséquence de la nature de l'objet auquel cette action s'applique, puisqu'elle ne peut venir utilement, de même que le privilége de vendeur, que lorsqu'il a été converti en prix, au moyen d'une cession.

Il y aura toutefois cette différence entre l'exercice du privilége et la résolution, que celui-là ne comprend que la créance qu'il garantit, tandis que l'autre embrasse le prix tout entier, et en attribue toute la propriété au demandeur, à la charge par lui de restituer ce qu'il a reçu, et sauf aux tiers intéressés à écarter son action résolutoire, en le remboursant au lieu et place du débiteur commun.

A peine avons-nous besoin de remarquer que le propriétaire n'a aucune action en résolution, pour non payement d'indemnité, en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, soit qu'elle ait été poursuivie par l'État, ou par une compagnie concessionnaire d'un canal, d'un chemin de fer. Il n'y a plus en effet de propriété privée sur laquelle l'action résolutoire puisse s'exercer. Il n'y a qu'une propriété publique, qui ne saurait être, en quelque sorte, soumise à l'expropriation, dans un intérêt purement privé. Les propriétaires créanciers n'ont donc désormais que le droit de s'assurer et de

poursuivre le payement de leur indemnité, par les seuls moyens de droit compatibles avec les principes supérieurs de l'intérêt général.

27. Comme chaque copartageant est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets (883) ; comme, en un mot, le partage est déclaratif et non translatif, les copartageants ne peuvent se poursuivre réciproquement en résolution du partage, pour cause d'inexécution, pour non payement des soultes ou retours de lots. La nature même du partage, telle qu'elle résulte de cette fiction, répugne à l'exercice d'une action en résolution qui, en remettant chaque partie dans l'ancien état de copropriété indivise, aurait pour résultat de lui faire reprendre ce dont elle est censée n'avoir jamais été propriétaire. Il ne reste donc aux copartageants que les actions ordinaires qui naissent du partage; l'action en garantie (884), et l'action privilégiée en payement, soit de la soulte, soit du prix de licitation (2103, 2109) (1).

L'article 1184 n'est pas seulement inapplicable au partage effectif, il l'est encore, et par les mêmes raisons, à tout acte qui tient lieu de partage. Ainsi, ne peut être résolue pour inexécution, la licitation, quand l'adjudicataire est un copartageant (2). Mais, si c'était un étranger, on pourrait poursuivre la revente sur folle enchère, comme dans les cas ordinaires de ventes par autorité de justice (3).

Ne peuvent de même être résolues, pour inexécution, les cessions de droits indivis faites entre cohéritiers ou coproprié-

(1) ZACHARIÆ, T. 1, pag. 411, et T. 4, pag. 401. — DURANTON, T. 16, nº 483. — Cass., 24 mars 1823. SIREY, 23, 1, 200. — 9 mai 1832. SIREY, 32, 1, 367. — 14 mai 1833. SIREY, 33, 1, 381. — Nancy, 27 juill. 1838. SIREY, 38, 2, 370.

(2) ZACHARIÆ, *ibid.* — Nîmes, 30 août 1853. SIREY, 54, 2, 368.

(3) POTHIER, *Vente*, nºˢ 515, 630 et 638. — TROPLONG, *Vente*, nº 876. — DURANTON, T. 7, nº 520, et T. 16, nº 484. — ZACHARIÆ, T. 1, pag. 410, nte 21.

taires, pourvu qu'elles fassent cesser l'indivision entre tous ; condition essentielle (1) pour qu'elles soient des actes équivalents à partage.

28. Aussi a-t-on décidé, avec beaucoup de raison, à notre sens, que le cohéritier qui avait fait un acte équivalent à partage, ne pouvait conserver son privilége de copartageant en faisant transcrire seulement sa cession, comme s'il s'agissait d'une vente proprement dite (2108). S'agissant d'un partage, la transcription est insuffisante, et l'inscription prise d'office l'a été sans droit ni qualité (2). Ainsi, à défaut d'inscription régulière dans les délais fixés par la loi, le cédant n'a ni le privilége de copartageant, ni le privilége de vendeur (3). Dans l'espèce où cette décision a été rendue, c'était un tiers détenteur qui prétendait échapper aux poursuites hypothécaires.

D'un autre côté cependant, la Cour de cassation (4) a décidé qu'on pouvait, d'après l'intention manifestée par les parties et l'exécution donnée à l'acte, considérer comme vente, à l'égard même des tiers, une cession de droits indivis, alors même qu'elle fait cesser l'indivision entre tous, et attribuer par suite au cédant, non pas le privilége de copartageant sur la totalité des biens, mais seulement le privilége de vendeur spécialement sur les biens cédés. Mais il faut remarquer que, dans l'espèce, les créanciers ne contestaient pas le privilége de vendeur, et que l'héritier cédant invoquait le privilége général de copartageant, prétendant que la transcription de la cession et

(1) Zachariæ, t. 4, pag. 399, nte 8. — Duranton, t. 20, n° 223. — Cass., 19 janv. 1841. Sirey, 41, 1, 375. — 28 déc. 1840. Sirey, 41, 1, 204. — 6 mai 1844. Sirey, 44, 1, 596. — 29 mars 1854. Sirey, 56, 1, 49. — *Contrà*, Duvergier, *Vente*, t. 2, n° 147. — Championnière, *Droits d'enregist.*, n° 2735.

(2) Troplong, *Hyp.*, n° 290. — Grenier, *Hyp.*, t. 2, n° 400. — Bourges, 26 janv. 1844. Sirey, 45, 2, 426.

(3) Bourges, 26 janv. 1844. Sirey, 45, 2, 426. — *Contrà*, Toulouse, 14 déc. 1850. Sirey, 51, 2, 102. — Grenoble, 4 janv. 1853. Sirey, 53, 2, 580.

(4) Cass., 25 juin 1845. Sirey, 45, 1, 806.

l'inscription prise en conséquence valaient comme inscription du privilége de copartageant, inhérent à l'acte lui-même. On comprend dès lors que la Cour de cassation n'ait reconnu que le privilége spécial de vendeur. La question d'irrégularité de l'inscription n'ayant pas été soulevée, on ne peut conclure de l'arrêt que les tribunaux puissent reconnaître comme régulièrement conservé par la transcription et l'inscription d'office, le privilége de vendeur, lorsqu'il est contesté soit par les cohéritiers entre eux, soit par les tiers intéressés.

29. Mais si l'acte ne faisait cesser l'indivision que par rapport à quelques-uns, comme alors il n'équivaut pas à partage, les cessionnaires ou adjudicataires de droits indivis pourraient être poursuivis par toutes les voies de droit, qui s'appliquent aux cessions et adjudications ordinaires. Le contrat serait soumis à l'action résolutoire (1).

Si, par exemple, des cessions de droits indivis ont eu lieu successivement, celle-là seule vaudra partage qui aura amené la cessation de l'indivision. Les premières n'ayant eu d'autre effet que d'écarter seulement quelques-uns des copropriétaires de l'indivision, sans la faire cesser entre les autres, vaudront comme cessions ordinaires; et le cédant, au lieu d'avoir les actions qui naissent du partage, aura celles qui naissent de la vente, c'est-à-dire l'action en payement, avec droit de résolution et privilége de vendeur.

S'agit-il d'une licitation, si plusieurs des colicitants se sont rendus ensemble adjudicataires indivisément, comme l'adjudication ne fait pas cesser l'indivision entre tous, puisqu'elle la maintient entre les adjudicataires, comme ferait la cession volontaire d'un seul ou de plusieurs à d'autres de leurs consorts, il n'y a pas d'acte équivalent à partage, et la revente sur folle enchère peut être poursuivie contre les adjudicataires (2).

De même, si l'adjudication avait eu lieu indivisément au

(1) Montpellier, 9 juin 1853. Sirey, 53, 2, 406.
(2) Cass., 27 mai 1835. Sirey, 35, 1, 341.

profit d'un colicitant et d'un étranger. Les raisons sont les mêmes exactement; car l'étranger, étant aux droits des autres colicitants pour sa portion afférente, les représente pour demeurer, à ce titre, dans l'indivision avec son coadjudicataire. C'est comme s'il y avait cession volontaire faite à un étranger et à l'un des copropriétaires. Il n'y aurait donc pas cessation d'indivision entre tous.

Cependant, si l'adjudication avait eu lieu, par lots distincts, au profit d'un seul colicitant pour chaque lot, l'indivision aurait cessé entre tous, quoiqu'il y eût plusieurs adjudicataires. Car les lots adjugés séparément à plusieurs ne laissent subsister aucune copropriété indivise. Il n'y aurait donc pas lieu à folle enchère, et l'on devrait appliquer les principes relatifs aux partages, si l'on suppose un lot distinctement adjugé à un colicitant. Si l'on suppose, au contraire, un autre lot distinctement adjugé à un étranger, il y aurait lieu, quant à ce, à folle enchère.

Si quelques-uns des colicitants, ou un colicitant avec un étranger, s'étaient portés adjudicataires ensemble et indivisément d'un lot distinct, il n'y aurait pas de partage quant à ce lot; il y aurait seulement une adjudication soumise aux règles des cessions qui n'équivalent pas à partage, comme si la copropriété indivise consistait toute dans ce lot.

Mais, quant aux autres lots, les caractères des adjudications se détermineraient suivant les règles que nous venons de poser; car rien n'empêche de faire des partages ne portant que sur un objet particulier (1), le reste demeurant à l'écart; d'où il suit que, pour l'adjudication de chaque lot, il faut se livrer à une appréciation distincte et séparée. Ainsi, l'adjudication de l'un peut équivaloir à partage, et celle de l'autre, à une adjudication ordinaire; celle-ci soumise à la folle enchère, et celle-là, point.

30. Lorsque les copropriétaires en état d'indivision cèdent

(1) TROPLONG, *Hyp.*, n° 318 *bis*.

leurs droits à des tiers, rien n'est modifié touchant cet état de copropriété indivise. Seulement, comme les tiers cessionnaires sont les ayants-cause et les représentants des cédants, il y a substitution de personnes à d'autres. Il n'y aura donc de partage, d'acte équivalent à partage, que lorsque l'indivision aura cessé entre tous les copropriétaires, ou les cessionnaires leurs représentants.

31. Nous devons enfin faire observer que si, nonobstant l'article 711, C. pr., l'adjudication avait eu lieu au profit d'un copropriétaire, sur une poursuite en expropriation dirigée contre tous les communistes par un créancier, cette adjudication serait un titre nouveau, et l'article 883 serait inapplicable. Ce serait une adjudication ordinaire soumise à la folle enchère. Car l'adjudication ne vaut partage que lorsqu'elle a lieu sur une instance en partage (1).

32. Faut-il faire, à cet égard, une distinction entre l'héritier bénéficiaire et l'héritier pur et simple? Ainsi, l'héritier bénéficiaire adjudicataire des immeubles dépendants de la succession peut-il, s'il n'exécute pas les clauses du cahier des charges, être poursuivi par la voie de la folle-enchère?

L'article 988, C. pr., en déclarant commun au titre du bénéfice d'inventaire l'article 733 relatif à la folle-enchère, semble trancher la question, et disposer que l'adjudicataire de biens dépendants d'une succession bénéficiaire peut être poursuivi par la voie de la folle enchère, quel qu'il soit, héritier ou étranger, sur les poursuites de n'importe qui, créanciers ou cohéritiers. Nous croyons cependant qu'une distinction est nécessaire, entre la poursuite en folle-enchère intentée par les créanciers et légataires de la succession, et celle intentée par les cohéritiers de l'adjudicataire. Les dispositions de l'article 988 doivent en effet se concilier avec les principes généraux du droit, et le renvoi qu'elles prononcent à un article relatif à la folle enchère, ne saurait avoir pour résultat de dé-

(1) Zachariæ, t. 1, pag. 410, nte 22.

truire un principe de droit civil. Il convient donc d'en restreindre l'application au seul cas où elle peut avoir lieu, sans dérogation et en conformité au droit commun.

Quant aux créanciers et légataires, nous ne croyons pas qu'on puisse sérieusement leur contester le droit de poursuivre, comme fol enchérisseur, le cohéritier qui s'est porté adjudicataire, sur l'instance en partage de la succession bénéficiaire. En effet, le bénéfice d'inventaire, soit qu'il résulte de la loi ou d'une déclaration, fait que l'héritier n'est tenu du payement des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis; qu'il peut même se décharger du payement des dettes, en abandonnant tous les biens de la succession aux créanciers et aux légataires; qu'il ne confond pas ses biens personnels avec ceux de la succession, et qu'il conserve contre elle le droit de réclamer le payement de ses créances (802). La séparation de patrimoines qui existe dans ce cas, comme résultant du seul fait d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, a pour conséquence d'obliger l'héritier bénéficiaire à administrer les biens de la succession, et à rendre compte de son administration aux créanciers et aux légataires (803). Il ne peut vendre les meubles et les immeubles qu'en observant certaines formalités (805, 806, C. Nap., 986 et suiv., C. pr.). Le prix de la vente du mobilier est distribué par contribution entre les créanciers opposants (990, C. pr.). S'il n'y a pas de créanciers opposants, l'héritier paye les créanciers et les légataires à mesure qu'ils se présentent (808). Le prix de la vente des immeubles est distribué suivant l'ordre des priviléges et hypothèques (991, C. pr.). L'héritier est même tenu, si les créanciers ou autres personnes intéressées l'exigent, de donner caution bonne et solvable de la valeur du mobilier compris dans l'inventaire, et de la portion du prix des immeubles non délégué aux créanciers hypothécaires. Faute par lui de fournir cette caution, les immeubles sont vendus et leur prix est déposé, ainsi que la portion non déléguée du prix des immeubles, pour être employés à l'acquit des charges de la succession (807).

On voit que toutes les dispositions de la loi sont combinées et conçues de manière à constituer l'héritier bénéficiaire administrateur comptable des valeurs de la succession, envers les créanciers et les légataires. Lors donc qu'il se rend adjudicataire des immeubles dépendants de cette succession, s'il ne pouvait être poursuivi, en cas d'inexécution du cahier des charges, par la voie de la folle-enchère, les droits et les intérêts des créanciers et légataires de la succession seraient compromis par les retards qu'apporterait à la liquidation de l'hérédité, la nécessité de reprendre à neuf les poursuites en expropriation contre l'adjudicataire. Il est donc plus vrai, et ceci résulte de sa seule qualité d'administrateur comptable, que l'héritier bénéficiaire qui se rend adjudicataire des immeubles de la succession, les acquiert sous un titre nouveau, en une qualité nouvelle, comme ferait un étranger, et qu'il est tenu, sous peine d'être poursuivi comme tout acquéreur ordinaire, de payer son prix à la succession bénéficiaire (1).

En vain objecterait-on, pour écarter la poursuite en folle enchère dirigée contre l'adjudicataire par les légataires et créanciers de la succession, que ces créanciers et légataires ne sauraient exercer une action que ses cohéritiers ne peuvent eux-mêmes exercer contre lui (2). En effet, la situation des uns et des autres est bien différente; et c'est sur cette différence même que nous fondons notre distinction.

S'il y a interversion de titre et de qualité, lorsque l'héritier bénéficiaire se rend adjudicataire d'immeubles dépendants de la succession, c'est parce qu'il est simple administrateur comptable et débiteur de son prix envers la succession, comme un acquéreur ordinaire. Mais cette qualité d'administrateur comptable n'existe que vis-à-vis des légataires et des créanciers. Eux seuls sont fondés, en cas d'inexécution des charges, de le poursuivre par voie de folle enchère; et ils ne font alors

(1) Cass., 27 mai 1835. Sirey, 35, 1, 341.

(2) Voy. Bordeaux, 15 mars 1833, et 22 mars 1834. Sirey, 34, 2, 22 et 460.

qu'exercer un droit personnel et qui leur appartient de leur chef. Quant à ses cohéritiers, il continue, après l'adjudication, d'avoir la qualité et le titre de cohéritier à leur égard. Dans leurs rapports mutuels, l'adjudication faite à son profit vaut licitation et partage, de telle sorte qu'il est censé avoir succédé seul et immédiatement à la propriété de l'immeuble adjugé; l'article 883 reçoit, en un mot, son entière application.

Que l'on suppose en effet une succession qui, pour être bénéficiaire, n'en est pas moins opulente : les créanciers et les légataires sont désintéressés; les cohéritiers n'ont plus qu'à se faire compte entre eux des valeurs liquides de l'hérédité ; le cohéritier adjudicataire garde alors pleinement son titre et sa qualité de cohéritier. Il est débiteur de son prix d'adjudication, à titre de licitation et de partage. Ses cohéritiers, soit qu'ils aient accepté les uns bénéficiairement, les autres purement et simplement, ont contre lui le privilége de copartageant, pour garantie, soulte et retour de lots (2103, 2109). Il n'y a enfin aucune différence à faire, dans ce cas, entre l'acceptation bénéficiaire et l'acceptation pure et simple. Dès lors il s'ensuit que le cohéritier adjudicataire ne peut être poursuivi par ses copartageants par la voie de la folle enchère.

Nous repoussons ainsi tout système absolu, soit qu'il consiste à refuser ou à accorder indistinctement aux créanciers, aux légataires et aux cohéritiers, le droit de poursuivre la résolution de l'adjudication faite au profit d'un cohéritier bénéficiaire. Ce système absolu, nous le repoussons parce qu'il ne tient pas compte de la différence des situations, et qu'il confond des titres et des qualités si différents entre eux qu'on ne peut argumenter d'un cas à l'autre.

Quand nous refusons aux cohéritiers la poursuite en folle enchère contre leur cohéritier bénéficiaire, adjudicataire, nous supposons qu'ils agissent en leur qualité de cohéritiers. S'ils agissaient comme créanciers ou légataires, ils seraient, à ce titre, fondés dans leur action. Car, par une abstraction de droit, il y a dans le même individu autant de personnes qu'il y a en lui de qualités différentes dans lesquelles il puisse agir.

33. On s'est demandé, mais la jurisprudence est bien fixée sur cette question, si les parties peuvent stipuler dans un partage ou dans tout autre acte équivalent, que l'acte sera résolu dans le cas où celui qui se rend cessionnaire, acquéreur ou adjudicataire ne payerait pas le prix convenu, n'accomplirait pas les charges stipulées. Une pareille stipulation nous semble ne rien contenir d'illicite.

« On ne peut en effet, dit la Cour suprême cassant un arrêt de Rouen (1), contester à des héritiers majeurs et maîtres de leurs droits, qui procèdent volontairement au partage des biens qu'ils possèdent en commun, la faculté de n'en faire entre eux qu'une attribution provisoire. Aucune disposition de loi ne leur a non plus interdit celle de n'en faire qu'un partage conditionnel, en d'autres termes, de subordonner l'existence même du partage, et par là les effets qu'il doit produire, à l'accomplissement des conditions qu'ils ont stipulées dans l'acte. Une clause ainsi conçue ne peut être considérée comme étant contraire à la nature du partage qui, par une conséquence nécessaire de la fiction résultant de l'article 883, n'admet pas la résolution pour défaut de payement du prix; en effet, la clause dont il s'agit devant avoir pour résultat, lorsqu'elle est appliquée, de faire disparaître le partage, unique cause de la fiction établie par l'article 883, il ne serait plus possible d'invoquer le bénéfice de cette fiction pour ou contre des héritiers replacés dans l'état où ils étaient avant ce partage; dès lors la clause de résolution serait, non une atteinte portée au caractère du partage, mais seulement la détermination du cas et des conditions dans lesquels il serait censé exister entre les parties (2). »

Nous ne comprenons pas de réfutation possible de cette lumineuse argumentation.

Il est sans doute indifférent qu'il s'agisse d'un partage amiable ou judiciaire. Il suffit alors d'insérer dans le cahier des

(1) Du 18 juin 1841. SIREY, 41, 2, 471.

(2) Cass., 6 janv. 1846. SIREY, 46, 1, 120.

charges une clause particulière qui porte expressément la condition de résolution pour le cas d'inexécution (1).

Il ne faut pas non plus conclure de ce que la Cour de cassation parle, dans l'arrêt précédent, d'héritiers majeurs et maîtres de leurs droits, qu'une semblable stipulation ne peut être utilement faite lorsqu'il y a des copartageants mineurs. Il suffit en effet qu'ils soient habilités pour l'action et la poursuite en partage. Car le cahier des charges dressé dans l'intérêt de tous, œuvre de la justice, lie également les parties, comme si elles étaient majeures (2).

Il suffirait même de dire, en termes généraux, dans le cahier des charges, que l'adjudicataire sera poursuivi par la voie de la folle enchère. Bien qu'il faille une dérogation expresse au droit commun, cette clause ainsi conçue serait elle-même suffisamment explicite; toute clause devant s'entendre dans un sens utile, et celle-ci étant superflue si on ne devait l'entendre que d'un étranger, elle doit être considérée comme indistinctement applicable à tout adjudicataire, quel qu'il soit, à moins de circonstances particulières qui en restreignent la portée.

Aussi, la Cour de cassation (3) a-t-elle décidé que la clause générale de revente sur folle enchère, insérée au cahier des charges, suffit pour autoriser ce mode de poursuite. Toutefois, il faut remarquer qu'elle ne se fonde sur ce moyen que surabondamment, parce que, dans l'espèce, il s'agissait d'une adjudication qui ne faisant pas cesser l'indivision entre tous, ne tenait point lieu de partage, et, d'autre part, d'une succession bénéficiaire dans laquelle les poursuites étaient intentées par les créanciers. Mais la décision n'en subsiste pas moins dans les motifs de l'arrêt.

(1) Cass., 9 mai 1834. Sirey, 34, 1, 523.— 27 mai 1835. Sirey, 35, 1, 341.—*Contrà*, Zachariæ, t. 4, pag. 401 et 402.—Bordeaux, 15 mars 1833, et 22 mars 1834. Sirey, 34, 2, 22 et 460.

(2) Cass., 3 août 1848. Sirey, 48, 1, 617.

(3) 27 mai 1835. Sirey, 35, 1, 341.—*Conf.*, Limoges, 14 août 1839. Sirey, 40, 2, 123.—Bourges, 13 janv. 1845. Sirey, 46, 2, 407. — Bordeaux, 8 mai 1848, et 3 mars 1852. Sirey, 52, 2, 423.

34. Alors même qu'une clause très expresse soumettrait l'adjudicataire à la revente sur folle enchère en cas d'inexécution des charges, cette revente sur folle enchère n'en produirait cependant pas tous les effets. Elle manquerait d'une certaine sanction, de celle qui résulte de la contrainte par corps. En effet, s'il est vrai que le fol enchérisseur soit tenu par corps (733, 740, C. pr.) de la différence de son prix, il est vrai aussi que l'on ne peut se soumettre volontairement à la contrainte par corps, hors les cas déterminés par la loi (2063). La clause du cahier des charges serait donc illégale sur ce point; mais il n'en faudrait pas conclure que la stipulation doive être entièrement annulée, même dans la partie qui contient des stipulations légales et permises (1).

35. Les partages que les pères et mères et autres ascendants peuvent faire de leurs biens entre leurs enfants et descendants, par actes entre vifs ou testamentaires, conformément aux articles 1075 et 1076, ces partages peuvent-ils être résolus et révoqués, pour défaut d'inexécution des charges et conditions stipulées? Une distinction nous paraît indispensable entre le donateur, vis-à-vis des donataires, et les donataires entre eux.

Quant au donateur, à ce titre seul, il a tous les droits qui résultent en sa faveur d'une donation ordinaire, ne contenant aucun partage des biens donnés entre ceux qu'il gratifie. Si donc il a stipulé des charges et des conditions, dont l'exécution l'intéresse personnellement, leur inexécution l'autorise à poursuivre la résolution de la donation (953). Et cette résolution prononcée entraîne nécessairement la révocation du partage entre les codonataires évincés. Tel est le cas où le donateur a chargé les donataires d'acquitter ses dettes, de payer une dot par lui promise, de faire enfin une chose dont l'exécution le touche, alors même qu'elle intéresse plus directement un tiers étranger.

(1) Cass., 27 mai 1835. Sirey, 35, 1, 341.

Il suffirait même que la charge non exécutée eût été imposée à un seul donataire, pour que le donateur pût poursuivre la résolution de toute la donation. Car il est impossible, à raison de l'indivisibilité de l'acte, et surtout du partage qui en est le complément, d'en limiter la révocation à la seule portion de biens afférente au donataire à qui la charge non exécutée a été imposée.

Si le donateur vient à décéder sans avoir exercé son action en résolution, soit par négligence, soit même parce que l'inexécution n'existait pas de son vivant, les donataires ses héritiers pourront, à ce titre, comme représentant sa personne, poursuivre cette résolution contre le donataire grevé de la charge qu'il n'a pas exécutée. Ce droit n'étant point personnel au donateur passe en effet à ses héritiers, quels qu'ils soient, étrangers ou codonataires. Il peut donc être exercé de son chef, soit par tous les autres ensemble et d'accord, ou par un seul d'entre eux séparément.

Nous disons qu'un seul peut isolément et malgré l'inaction ou même l'opposition de ses consorts, poursuivre, dans ce cas, la résolution de la donation, non point comme donataire, mais comme héritier du donateur. Son droit reconnu doit en effet fonder son action ; et pour lui dénier le droit d'agir, dans ce cas, il faudrait lui dénier tout droit absolument ; ce qui est impossible. A cette action isolée on ne saurait avec raison opposer l'indivisibilité du partage, ni la nécessité de recomposer la masse des biens donnés pour en faire une nouvelle distribution, par suite de la révocation de la donation et du partage qui se confond, jusqu'à un certain point, avec la libéralité même. A coup sûr, les donataires ne seraient pas en droit de faire cette objection au poursuivant, donateur. Comment pourraient-ils donc la faire à celui d'entre eux qui, comme héritier et représentant du donateur, poursuit, dans la mesure de son droit et de son intérêt, la révocation de la donation et par suite du partage, pour inaccomplissement des conditions ? La raison d'inconvénient ne peut ici l'emporter sur l'évidence du droit, quelque rigoureux qu'en soit l'exercice.

L'indivisibilité du partage établit sans doute la nécessité de recomposer une masse, de remettre tous les biens donnés dans l'état d'indivision, d'en poursuivre un partage nouveau, d'exercer ces diverses actions contre tous ou avec tous les donataires, sans distinguer entre ceux qui ont ou n'ont pas contrevenu aux conditions de la donation ; mais il ne s'ensuit point que cette indivisibilité soit un obstacle à l'exercice d'une action en révocation fondée sur un droit certain, qui ne saurait peut-être se satisfaire autrement, et que le donataire tient de l'auteur commun, du donateur lui-même.

Au surplus, il ne faut pas perdre de vue que les donataires ont un moyen bien simple de prévenir cette action, s'il est de leur intérêt de conserver le lot que le père de famille leur a attribué, et de ne pas encourir les chances d'un lotissement nouveau moins à leur convenance ; c'est d'exécuter eux-mêmes les charges, et de faire taire ainsi leur consort, sauf recours contre celui en l'acquit duquel ils les auront exécutées. Dans tous les cas, comme la donation et le partage n'ont été révoqués que par la faute de celui qui n'a pas exécuté les charges qui lui étaient imposées, ils seront en droit de le poursuivre en dommages et intérêts.

Le donateur et, après lui, ses héritiers, fussent-ils les donataires, ont donc le même droit que dans le cas de donations ordinaires, de poursuivre, pour inexécution des charges et conditions, la révocation de la donation portant partage. L'acte ne cesse pas, pour contenir distribution des biens donnés entre les donataires, d'être soumis, comme donation, aux règles et conditions prescrites pour les donations communes, tant en la forme qu'au fond (1076). Car, avant tout, dans les rapports du donateur avec les donataires, il y a donation proprement dite, et dès lors les principes du droit commun doivent recevoir leur application.

36. Mais l'acte, considéré dans son ensemble, ne contient pas seulement une donation ; à côté et en suite de la donation, il y a partage. Or les donataires peuvent-ils également poursuivre

la révocation du partage opéré par le donateur lui-même, à défaut d'exécution en ce qui concerne cette partie secondaire de l'acte? Nous ne le pensons point.

Nous ferons d'abord observer que ces deux actions ont des résultats tout différents. La révocation de la donation fait rentrer les biens donnés dans les mains du donateur, ou dans sa succession, si elle a été poursuivie après son décès. Elle emporte l'annulation de toutes les clauses de préciput ; elle ramène, à moins d'actes antérieurs ou postérieurs portant des dons ou legs préciputaires, à une égalité absolue de partage ; elle remet, en un mot, les parties au même et semblable état que si la donation n'avait jamais existé. La révocation du partage seul, au contraire, laisse subsister la donation avec toutes les clauses de préciput qui peuvent y être stipulées ; les biens donnés continuent d'être la propriété des donataires ; seulement ils en sont la propriété collective ; une masse est recomposée pour un partage nouveau, qui doit d'ailleurs s'opérer d'après les bases établies par l'acte même de donation. Les parties, sans cesser d'être donataires, ne font enfin que rentrer dans l'indivision des biens donnés.

Ceci posé, voyons qui pourrait demander la révocation du partage pour inexécution ?

Les donataires le peuvent-ils de leur chef personnel? Par exemple, un codonataire peut-il demander la résolution du partage de présuccession, parce que l'un des codonataires ne lui a pas payé, soit la soulte convenue, soit le lot qu'il devait lui fournir en argent? C'est ici que nous devons analyser cet acte que l'on appelle partage de présuccession, par une qualification énergique qui, à elle seule, vaut presque tout un commentaire. Cet acte commence par une donation collective, faite collectivement à tous les donataires, et il se termine par un partage, par une distribution des biens donnés. Celui qui se dépouille est donateur avant tout ; puis il se constitue, avec l'autorité qui découle de son caractère même de donateur, l'expert, l'arbitre, l'amiable compositeur de ses donataires, en faisant entre eux, par l'exercice d'une magistrature domes-

tique, la distribution par lots des biens dont il les a gratifiés.

Nous avons dit que sa donation était collective ; c'est qu'en effet le partage auquel elle aboutit suppose nécessairement une masse de biens dans laquelle est pris chaque lot. Ce n'est pas cependant que l'on puisse distinguer, par un trait de temps effectivement sensible, la donation du partage, pour établir entre les codonataires un état de copropriété indivise d'une certaine durée préalable au partage. La simultanéité et l'unité de l'acte dans les éléments qui le constituent et le résument, ne permettent pas d'y voir un intervalle réel. Néanmoins, comme il y a une donation et un partage, deux faits juridiques distincts dans la pensée, la pensée, par une fiction rendue nécessaire par la nature même des choses, saisit entre eux un trait de temps moral, idéal; et cette fiction sera la réalité, si le partage, au lieu d'être fait par le donateur, est l'œuvre séparée des donataires eux-mêmes.

Les conséquences de l'acte établissent encore que, au moins par une fiction légale, il y a d'abord une masse de biens indivis, un état de copropriété entre les donataires. En effet, chacun d'eux est tenu de la garantie de droit entre copartageants (1); il a sur la masse des biens donnés le privilége ordinaire pour la garantie du partage, des soultes ou retours de lots (2103) (2). La donation ne laisse donc pas d'être considérée comme partage, dans les rapports mutuels des codonataires.

Que faut-il conclure? La conclusion est bien simple : admet-on la fiction d'une copropriété indivise, préalable au partage, entre les codonataires ; on retombe dans le cas d'un partage avec son caractère déclaratif. Veut-on s'en tenir au fait, à la réalité même plus forte que la fiction ; on tombe dans le cas de donations distinctes par forme de partage. Mais, dans l'une

(1) Duranton, t. 9, n° 633. — Toullier, t. 5, n° 807. — Zachariæ, t. 5, pag. 484.

(2) Grenier, *Donat.*, n° 403. — Duranton, t. 19, n° 189. — Zachariæ, *ibid.*

et l'autre hypothèse, chaque donataire est censé tenir ou tient réellement son lot du donateur lui-même ; d'où il suit qu'il ne peut poursuivre, pas plus que dans le cas d'un partage ordinaire, une résolution du partage qui aboutirait à lui faire reprendre, à titre de propriété, une chose sur laquelle il est censé n'avoir jamais eu ou n'a jamais eu réellement de droit de propriété. A plus forte raison, l'action en résolution serait-elle non recevable, si, dans le partage des biens, objet de la donation, on avait confondu d'autres biens précédemment indivis entre les donataires, ou indivis entre les donataires et le donateur.

Il ne saurait enfin en être autrement en cas de partage par testament, qu'en cas de partage par donation entre vifs (1).

Mais il faut excepter le cas où le donateur ou le testateur aurait expressément stipulé, en faisant le partage de ses biens, que la résolution pourrait être poursuivie pour inexécution des clauses du partage.

37. Si, de leur chef, les donataires ne peuvent poursuivre entre eux la résolution du partage, le peuvent-ils du chef du donateur? En d'autres termes, le donateur le peut-il lui-même ?

Il faut d'abord remarquer que le donateur, considéré comme simple expert, comme amiable compositeur, comme artisan du partage, est absolument sans intérêt à son exécution, que, conséquemment, il est destitué de toute action en résolution. Si donc cette action en résolution pouvait lui appartenir, ce ne serait qu'à titre de donateur. Mais alors il faut commencer par s'entendre sur le principe et les conséquences de cette action.

Si le donateur peut poursuivre (nous le supposons un instant) la résolution pour inexécution, non pas seulement des clauses de la donation qui l'intéressent personnellement, mais encore des clauses du partage qu'il a stipulées pour régler les rapports de ses donataires entre eux, par exemple, pour

(1) Zachariæ, t. 5, pag. 481.

non payement des soultes et des lots en argent; et si, d'autre part, il ne peut poursuivre qu'à titre de donateur, ce ne sera pas seulement la résolution du partage, mais bien la résolution de la donation même qu'il poursuivra. Or, nous avons déjà indiqué la différence des résultats.

Dans ce cas, la résolution étant poursuivie du chef du donateur, on n'a plus sans doute à s'inquiéter de l'argument tiré de ce que chaque donataire tient directement son lot du donateur. Car le droit sur lequel ce dernier fonde son action est un droit supérieur et qui domine les rapports des copartageants entre eux, rapports pour lesquels seuls l'objection peut être présentée.

Mais si les donataires ne peuvent alors poursuivre la résolution, non du partage, mais de la donation, que comme exerçant un droit de résolution que nous reconnaissons cessible et transmissible, pourvu qu'il existe, il s'ensuit que, du vivant du donateur, ils ne peuvent pas agir, puisque ce droit ne leur a été ni cédé entre vifs, ni transmis par succession, à moins qu'ils n'agissent d'ailleurs comme créanciers en son lieu et place, suivant l'article 1166;

Qu'ils ne peuvent agir après son décès, s'ils ne sont ses héritiers, puisqu'ils ne le représentent pas;

Que si, à un partage par donation entre vifs, on substitue un partage par testament, ils ne peuvent non plus agir, par la raison que le testateur n'a jamais eu le droit de faire résoudre un acte qui ne pouvait et ne devait recevoir d'exécution qu'après son décès;

Enfin, que si, en conséquence de la donation à eux collectivement et indivisément faite, les donataires avaient eux-mêmes opéré entre eux le partage des biens donnés, ne pouvant alors rattacher le partage et ses clauses à la donation, ils retomberaient dans le cas d'un partage ordinaire.

38. Ceci bien compris, voyons sur quoi l'on prétend fonder l'action du donateur. On dit qu'il peut poursuivre la révocation de la donation, pour inexécution de ses conditions; que ce qui

apparaît comme partage, n'est en réalité que le résultat de plusieurs donations distinctes faites concurremment; que ces donations elles-mêmes ne sont que des charges, des conditions, respectivement imposées aux donataires, à leur avantage réciproque; que ces charges et conditions se confondent enfin, comme telles, avec la donation dont elles dérivent, et à laquelle elles se réunissent pour ne former qu'un tout.

En admettant pour un moment que le partage ne soit que le résultat du concours de plusieurs donations faites simultanément, et que la part de chaque donataire ne soit que le bénéfice de prétendues charges et conditions imposées aux autres donataires en sa faveur, nous demandons que l'on prouve avant tout que l'inexécution de ces charges et conditions autorise le donateur à agir en résolution. Il ne suffit pas en effet pour agir d'avoir un motif, une raison morale quelconque, un intérêt d'affection, comme père de famille, comme donateur désireux de voir sa volonté exécutée. Il faut un intérêt juridiquement appréciable; et, sans cet intérêt, point d'action. Or le donateur s'est irrévocablement dépouillé de ses biens; il en a investi ses donataires; ceux-ci en ont acquis la libre disposition, attribut de la propriété. Ils peuvent avoir des droits à régler entre eux, des demandes à se faire, des garanties à exercer au sujet de la donation à eux faite. Qu'importe au donateur l'exécution ou l'inexécution de cet acte, dans un ordre de rapports qui ne créent pour lui aucun intérêt juridique, du moment qu'il est complètement désintéressé, en ce qui concerne ses droits comme donateur? Bien que l'article 953 dise, en termes généraux, que la donation est révocable pour inexécution des charges, il n'en est pas moins dominé, dans son interprétation, par ce grand principe, que l'intérêt est la mesure des actions. Or, encore une fois, nous ne voyons au donateur aucun intérêt de droit qui l'autorise à intervenir dans l'exécution de sa donation, quand elle commence à ne plus intéresser que ses donataires.

Mais est-il bien vrai que le partage de présuccession ne soit que le résultat du concours de plusieurs charges et conditions,

respectivement imposées aux donataires entre eux? Nous ne concevons pas de confusion plus grande et plus formellement contraire à la saine intelligence de la loi. Non, ce ne sont pas des charges; non, l'article 1075 qui admet le partage de pré-succession n'a pas son principe dans l'article 1121.

On confond ici avec les charges de la donation ce qui ne fait que constituer le partage lui-même. Quand le donateur stipule des soultes au profit des autres donataires, il n'impose pas une charge, une condition de sa donation; il opère seulement la distribution des biens donnés, il en fait le partage. Dire du lotissement qu'il est une charge de la donation, c'est méconnaître le principe et la nature du partage autorisé par les articles 1075 et suivants.

Ce qu'il faut, en effet, entendre par charges de la donation, ce sont les prestations, les choses à faire ou à payer, au profit du donateur ou d'un tiers, qui sont stipulées préalablement, et s'appliquent à la donation, indépendamment de toute distribution des biens donnés entre les donataires. Quant à ce qui tient au lotissement, à la distribution des biens donnés, ce n'est pas une charge, c'est la composition même du partage.

Il y a si bien partage, que la loi lui donne expressément cette qualification; que le disposant doit observer toutes les prescriptions de la loi, pour le maintien de l'égalité et des réserves; que tous les enfants, sous peine de nullité, doivent y figurer; que les copartageants sont garants entre eux; qu'ils ont le privilége ordinaire de copartageants sur les biens donnés; toutes choses qui ne conviennent qu'au partage.

Il y a, au contraire, si peu charge proprement dite, qu'en la forme on doit suivre les règles des donations; qu'il faut, si l'acceptation est séparée, un acte authentique (1076 et 932); tandis que la stipulation faite au profit d'un tiers, comme charge d'une donation, peut s'accepter même tacitement; et qu'au fond, s'il y avait charge simplement, il n'y aurait ni garantie de droit, ni privilége de copartageant, ni nullité pour absence

de l'un des enfants, ni qualification possible de soulte ou retour de lots, de la part des auteurs (1).

Si ce n'est pas une charge, que devient l'argument? Et puisque ce n'est qu'un partage, comment le donateur qui est sans intérêt juridique à son exécution entre les donataires, puisqu'il ne leur doit point garantie, peut-il poursuivre la résolution de la donation pour inexécution du partage? Comment enfin les donataires le peuvent-ils de son chef? Concluons donc qu'ils sont destitués de toute action en résolution, et qu'ils n'ont qu'à veiller à la conservation de leurs droits, par la conservation de leur privilége de copartageants qui est une garantie suffisante (2). Aussi repoussons-nous les doctrines posées dans l'arrêt de Limoges, du 21 juin 1836 (3), du moins en ce qu'elles font de la composition même du partage une condition, une charge de la donation.

39. On est conduit à des conséquences très intéressantes, par la combinaison de la condition résolutoire avec les effets déclaratifs du partage, ou de tout acte équivalent à partage.

Posons une hypothèse : Primus, Secundus et Tertius sont, n'importe à quel titre, en état de copropriété indivise. Primus cède ses droits à Tertius. Comme cette cession ne fait pas cesser l'indivision d'une manière complète entre tous, elle n'équivaut pas à un acte de partage. La résolution peut ainsi en être poursuivie à défaut de payement. Mais, supposons que Tertius, une fois cessionnaire de Primus, ait procédé, *pendente conditione*, avant la résolution prononcée, au partage de la chose indivise. Dans ce cas, il se sera rendu, par voie de licitation, adjudicataire de la totalité, ou cessionnaire des droits de Secundus, ce qui est la même chose; ou bien enfin il aura consommé le partage en nature, avec ou sans soulte.

Nous avons vu (4) que le créancier couvrant, *pendente condi-*

(1) Duranton, t. 9, pag. 658. — Toullier, t. 5, pag. 724, note. — Zachariæ, t. 5, pag. 484. — Troplong, *Donat.*, n° 2307.

(2) Grenoble, 8 janv. 1851. Sirey, 51, 2, 305.

(3) Sirey, 36, 2, 392.

(4) Voy. 1183, n° 7.

tione, toutes les actions actives et passives relatives à la chose, le partage fait avec lui, par la voie amiable ou judiciaire, était obligatoire pour celui qui rentrait ensuite, par l'effet de la résolution, dans la propriété de la chose aliénée. Le partage fait entre Secundus et Tertius devra donc être maintenu envers Primus, bien qu'il ait fait plus tard résoudre la cession par lui consentie à Tertius. Or, c'est précisément la combinaison de cette résolution, avec le maintien du partage, qui fait naître des questions fort intéressantes, que nous allons essayer de résoudre par les seuls développements du fait, et le rapprochement de quelques principes de droit.

Le partage étant valablement fait et devant être maintenu, il s'ensuit que, par l'effet de la fiction légale applicable à tout partage régulièrement opéré, chaque copartageant est censé tenir immédiatement ses droits et sa propriété de l'auteur commun. Ainsi, Secundus a-t-il un lot en nature ; doit-il une soulte ; une soulte, au contraire, lui est-elle due ; n'a-t-il qu'une part du prix de la licitation, ou seulement un prix de cession qui en tient lieu ? Il est censé n'avoir jamais eu d'autre droits, et il est censé les tenir directement de l'auteur commun. Il n'en est pas autrement de ce qui est échu par l'effet du partage à Tertius, du moins en le considérant dans ses rapports avec Secundus, son copartageant.

De là cette première conséquence, c'est que si Primus poursuit la résolution de la cession consentie par lui à Tertius, il ne peut le faire au préjudice des droits déclarés par le partage appartenir à Secundus. Il ne peut poursuivre de résolution qui ait pour effet de faire révoquer le partage consommé, de faire tomber la licitation ou tout autre acte équivalent, afin de recomposer, pour un partage nouveau à faire concurremment avec lui, la masse de la propriété autrefois indivise.

Mais ce n'est pas tout. Par le bénéfice de la fiction légale qui n'attribue au partage que des effets déclaratifs, Secundus pourra, non seulement défendre contre l'action en résolution poursuivie par Primus le maintien de sa propriété, mais encore l'existence de son privilége de copartageant. Car son lot

en nature ou en argent devant être maintenu, il est garanti par tous les droits inhérents à sa qualité de part dans une chose commune. La résolution poursuivie par Primus ne pourra donc préjudicier au privilége conféré à Secundus pour la garantie du partage, les soultes, retours de lot, prix de licitation, sur les immeubles de la succession partagés ou licités (2103, 2109). Tout ceci est la conséquence rigoureuse de ce que le partage fait, *pendente conditione*, est valable et qu'il n'est que déclaratif.

Si, au lieu d'une condition résolutoire tacite résultant du défaut de payement, nous supposons une condition résolutoire ordinaire, la vérité de ces conséquences n'en sera que plus sensible. Que Primus ait cédé ses droits à Tertius sous cette condition résolutoire, s'il se marie dans un an ; l'évènement de cette condition ne fera pas que le partage consommé, *pendente conditione*, entre Secundus et Tertius ne soit parfaitement obligatoire, et ne doive produire tous ses effets, du moins envers Secundus, en ce qui concerne à la fois l'attribution de part et le privilége de copartageant.

Quoi qu'il en soit, Primus a contre Tertius, son cessionnaire, des droits à faire valoir. Entre eux en effet il n'y a pas d'acte équivalant à partage ; car la cession n'a pas fait cesser l'indivision entre tous. L'action en résolution peut donc être poursuivie, à défaut de payement, par le cédant contre le cessionnaire ; et cette résolution, judiciairement poursuivie et obtenue, produira les mêmes effets que si elle résultait de plein droit d'une condition résolutoire expresse. D'un autre côté, la cession de Primus n'équivalant pas à un partage, et ne pouvant être considérée que comme vente ordinaire, en même temps qu'elle ouvre l'action en résolution, elle donne lieu au privilége de vendeur.

Mais comment cette résolution et ce privilége s'exerceront-ils? Cette double question se trouve résolue à l'avance par ce que nous venons de dire. Quant à la résolution, elle se poursuivra en effet seulement en ce qui concerne le lot attribué dans le partage à Tertius, en sa double qualité de coproprié-

taire d'une part et de cessionnaire de l'autre. Primus, en faisant prononcer cette résolution, retombera ainsi dans l'indivision avec Tertius, quant aux choses mobilières et immobilières qui lui sont échues. Et cette indivision existera entre eux dans la proportion même de leurs droits respectifs.

Quant au privilége de vendeur que nous sommes forcé de reconnaître en faveur de Primus, il ne s'exercera sur le lot attribué à Tertius par l'effet du partage, qu'à un rang postérieur à celui que Secundus a comme copartageant. Le privilége de ce dernier s'étend en effet sur la totalité des immeubles licités ou composant la succession; il a pour objet d'assurer l'entière propriété et possession du lot qui lui est échu; il existe, conséquemment, contre tous et chacun des copartageants, puisqu'il assure la garantie de droit qui existe réciproquement entre eux. Primus, considéré comme vendeur, ne peut donc exercer de privilége, à ce titre, sur le lot de Tertius au préjudice de Secundus, soit concurremment, soit antérieurement à son privilége de copartageant, parce que la succession ou la copropriété doit avant tout répondre de la garantie des lots. Primus est, en un mot, dans la même situation que si, après avoir concouru au partage définitivement consommé, il vendait son lot à Tertius l'un de ses copartageants; il est bien évident qu'il aurait un privilége de vendeur; mais il est évident aussi que ce privilége serait primé par celui de Secundus, à titre de copartageant, par la raison très simple que ce privilége est attaché à la garantie de droit, dette personnelle et réciproque de chacun des copartageants, et que nul ne peut exercer de privilége au préjudice de ses créanciers personnels.

Telles sont les conséquences rigoureusement logiques du maintien du partage consommé, et de la combinaison des droits qui résultent tant du partage que de la cession en faveur du copartageant et du cédant.

La loi donne au surplus à celui qui a cédé ses droits, le moyen de veiller à ce que le partage ne s'opère pas à son préjudice. Il peut intervenir ou s'opposer au partage (882).

Il en serait enfin de même, si la cession avait été faite à un tiers étranger. Le partage ou la licitation faite avec ce tiers serait obligatoire pour le cédant, de telle sorte qu'il ne pourrait poursuivre la résolution que sur le lot échu au tiers, et exercer son privilége de vendeur sur le même lot qu'après le privilége des copartageants, comme si la cession n'avait eu lieu qu'après le partage.

40. L'action en résolution ne va jamais seule. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix de forcer l'autre à l'exécution de la convention, lorsqu'elle est possible, ou de demander la résolution avec dommages et intérêts (1184). S'agit-il de faits accomplis, d'une inexécution proprement dite, elle a le choix entre l'action en résolution et l'action en dommages et intérêts. S'agit-il d'un simple retard, elle a l'option entre l'action en payement et l'action en résolution, avec dommages et intérêts dans l'un et l'autre cas.

Nous verrons plus loin quelle influence peut exercer sur l'action en résolution, l'exercice de l'option qui appartient au créancier.

Quant aux dommages et intérêts qui lui sont dus accessoirement à la résolution, lorsqu'elle est prononcée, soit pour simple retard, soit pour inexécution proprement dite; ils doivent s'apprécier suivant les règles ordinaires.

41. Outre ces actions, le créancier peut encore avoir un privilége, suivant la nature du contrat. Ainsi, le vendeur est privilégié sur l'immeuble vendu pour le payement du prix (2103). Et son privilége se conserve par la transcription du contrat de vente, laquelle vaut comme inscription, sans préjudice toutefois des dispositions de la loi du 23 mars 1855 qui fixe, article 6, le délai de quarante-cinq jours pour l'inscription du privilége. Le vendeur d'objets mobiliers non payés a de même privilége, s'ils sont encore en la possession du débiteur, soit qu'il ait acheté à terme ou sans terme (2102).

Si la vente a été faite sans terme, il peut même revendiquer ces effets, tant qu'ils sont en la possession de l'acheteur, et en

empêcher la revente, pourvu que la revendication soit faite dans la huitaine de la livraison, et que les effets se trouvent dans le même état dans lequel cette livraison a été faite (2002).

42. Par sa nature et les conditions sous lesquelles elle s'exerce, cette action en revendication ne doit pas être confondue avec l'action en résolution.

Mais on demande d'abord si la résolution a lieu en cas de vente de choses mobilières. Les articles 1654 et 1184 ne font aucune distinction; ils posent un principe général auquel la loi civile n'a apporté nulle part de dérogation, quant aux ventes de choses mobilières. La résolution peut donc en être poursuivie comme des ventes d'immeubles (1).

Cette action peut toujours être exercée, tant que la chose est dans les mains de l'acquéreur, soit que la vente ait été faite à terme ou sans terme, à quelque époque que la livraison ait eu lieu. L'action en revendication, au contraire, qui est prompte et décisive, qui suppose que la propriété appartient encore au vendeur, ne s'exerce que sous les conditions suivantes : 1° il faut que la vente ait été faite sans terme; 2° que les effets soient en la possession de l'acheteur; 3° qu'ils soient dans le même état dans lequel la livraison a été faite; 4° que l'action soit intentée dans la huitaine de la livraison (2).

L'action en revendication suppose la propriété dans les mains du vendeur, tandis que l'action en résolution ne fait que supposer l'existence d'un contrat, et en exiger l'annulation préalable. Voilà pourquoi le vendeur peut agir par voie de saisie-revendication (826, C. pr.) et de distraction sur saisie (3). Les juges ne peuvent accorder aucun délai pour le payement du prix, en cas de revendication; ils ne peuvent tout au plus en accorder un que pour la délivrance de la chose revendiquée.

(1) TROPLONG, *Vente*, n° 645. — DUVERGIER, *Vente*, T. 1, n° 436. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 535. — *Contrà*, DURANTON, T. 16, n° 380.

(2) Voy. TROPLONG, *Hyp.*, n°s 193 et suiv.

(3) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 539.

Ils est vrai que cette saisie-revendication aboutit à la résolution du contrat; mais il est en même temps vrai qu'elle l'assure mieux, plus énergiquement et plus efficacement que l'action ordinaire en résolution.

Des différences qui distinguent ces deux actions, il suit qu'après avoir échoué dans l'action en revendication, on peut revenir à l'action en résolution, par exemple, si la vente a été reconnue avoir été faite avec terme, ou si les délais pour intenter la première sont expirés.

43. L'action en résolution existe également dans les ventes commerciales (1). Mais si l'acheteur vient à tomber en faillite, le vendeur ne pourra pas exercer l'action en revendication ordinaire, mais seulement celle autorisée par le Code de commerce (574 et suiv.). L'article 550 du même Code, en écartant, en cas de faillite, le privilége et le droit de revendication établis par le n° 4 de l'article 2102, a par cela même repoussé l'action en résolution (2).

44. Passons maintenant à l'exercice de l'action résolutoire. Le contrat n'est pas résolu de plein droit... la résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai suivant les circonstances (1184). Le commentaire de notre article se complique ainsi d'un peu de procédure.

Comme l'action résolutoire est une action extrême en réparation, en dédommagement, soit que des dommages et intérêts y soient ou non alloués en outre au demandeur, elle se rattache sous ce rapport à la théorie de la mise en demeure. Le créancier doit donc préalablement constituer son débiteur en demeure, alors du moins qu'il ne s'agit que d'une inexécution résultant d'un simple retard. Ce n'est pas cependant qu'il faille nécessairement, pour la constatation de cette inexécution, un commandement, une sommation distincts et séparés des actes

(1) Troplong, *Vente*, n° 645. — Duvergier, *Vente*, t. 1, n° 436. — Zachariæ, t. 2, pag. 536.

(2) Paris, 24 août 1839. Sirey, 39, 2, 533. — Limoges, 6 mai 1843. Sirey, 43, 2, 326. — Caen, 3 janv. 1849. Sirey, 49, 2, 640.

qui commencent ou introduisent en justice l'action résolutoire elle-même. Le débiteur est en effet suffisamment mis en demeure par la citation donnée en justice ou en conciliation. Ainsi, le même acte le constitue en demeure, en même temps qu'il annonce ou introduit l'action en résolution.

Nous n'avons pas, au surplus, à revenir ici sur les actes qui constituent un débiteur en demeure. Nous renvoyons à l'article 1139.

45. Mais il ne suffit pas d'avoir constitué en demeure la partie contrevenante. Le contrat n'est pas encore résolu; la résolution doit en être prononcée en justice. Le créancier est donc obligé d'intenter une action.

Par sa demande il conclut d'abord au payement, si le payement est encore possible, et, faute de payement, à la résolution du contrat. Il suffit même que par ses conclusions il demande simplement la résolution, à défaut d'exécution des engagements contractés. Comme le seul moyen de prévenir la résolution, c'est de payer, le défendeur comprend que le payement est virtuellement demandé par les conclusions tendantes à la résolution du contrat. Il est donc mis, dans ce cas, tout aussi bien en demeure par la citation, que si le payement était expressément demandé par un chef spécial et principal des conclusions.

46. L'action est portée devant le tribunal; le débat s'engage entre les parties, et nous supposons que le défendeur reconnaît qu'il n'a pas exécuté ses engagements. Est-il simplement en retard de les accomplir, de telle sorte qu'ils puissent encore être exécutés? Ils peuvent l'être aussi longtemps que l'instance dure. Ce droit résulte pour le défendeur de ce que la résolution n'a pas lieu de plein droit, et qu'elle doit être prononcée en justice.

Même après le jugement de première instance qui la prononce, le défendeur n'a qu'à interjeter appel pour se ménager les moyens d'exécuter ses engagements, durant l'instance qui se renouvelle devant le juge supérieur. En un mot, il n'est

déchu du droit et de la faculté de payer que lorsque la résolution du contrat est définitivement acquise au demandeur, c'est-à-dire lorsque le jugement qui l'a prononcée a acquis l'autorité de la chose jugée.

47. Quelque régulière et fondée que soit l'action résolutoire, les juges peuvent ne pas prononcer immédiatement la résolution. Ils peuvent en effet, toutes choses demeurant en l'état, accorder un délai pour le payement et surseoir aux poursuites (1184, 1244), en prenant en considération la position du débiteur, celle du poursuivant, les circonstances qui ont empêché ou retardé l'exécution, le défaut ou le peu de gravité des inconvénients qui peuvent résulter d'un sursis, enfin tous les faits favorables dont l'appréciation leur est souverainement abandonnée. Cette faculté leur appartient dans toutes les instances ordinaires en résolution, pour inexécution des engagements, sauf à eux à en user avec prudence et modération.

Ils peuvent encore en user, lors même que précédemment il serait intervenu, sur l'action en payement, un premier jugement qui aurait condamné le débiteur à payer, soit qu'il lui eût accordé ou non, ou même expressément refusé un délai de grâce. Les conditions de l'action résolutoire, quant à son exercice, restent en effet, nonobstant cette première décision sur l'action en payement, dans toute leur intégrité, et l'article 1184 doit recevoir encore son exacte application. Or il autorise la concession d'un délai en faveur du défendeur, selon les circonstances de fait, sans la subordonner à aucune autre distinction se référant au principe du droit.

Outre cette faculté d'accorder des délais pour le payement qui doit, s'il est effectué, prévenir la résolution du contrat, les juges ont également celle d'en accorder pour l'exécution du jugement même qui prononce la résolution, en le faisant par le jugement qui statue sur la contestation, et en y énonçant les motifs du délai (122, C. pr.).

48. Les articles 1184 et 1655 parlent, au singulier, d'un délai ; d'où l'on est autorisé à conclure qu'après la concession d'un

délai, les juges ne peuvent en accorder un second, ni plusieurs successivement. Il est vrai que l'article 1244, qui contient le principe général dont les autres ne sont que des applications particulières, parle, au pluriel, des délais. Mais il est évident, surtout par le rapprochement de cet article avec l'article 122, C. pr., que toute concession d'un nouveau délai est prohibée par la loi. En effet, le délai doit être accordé par le même jugement qui statue sur la contestation; donc, aussitôt que le jugement est rendu, les juges ne peuvent ni accorder un délai qu'ils n'auraient point concédé, ni proroger celui qu'ils auraient accordé. Le jugement fixe définitivement les droits des parties (1). Nous aurons du reste à revenir sur cette question, dans notre commentaire de l'article 1244.

Bien que toute demande d'un nouveau délai ou de prorogation de délai soit irrecevable, alors même que la partie qui le réclame aurait fait opposition aux poursuites en exécution du jugement, nous croyons toutefois que les juges ont pleine faculté pour accorder un délai, dans le cas où les parties sont en débat sur les restitutions qu'elles ont respectivement à se faire, en conséquence de la résolution. C'est alors une contestation nouvelle, différente, quoique résultant de la première, à moins qu'ils n'aient statué sur ce chef des restitutions en même temps que sur l'action résolutoire.

49. Au lieu de se borner à la concession pure et simple d'un délai, les juges peuvent prononcer immédiatement la résolution, en la subordonnant à la seule condition que le défendeur n'aura pas satisfait à ses engagements, dans tel délai qui lui est en même temps imparti. S'agit-il, par exemple, de la résolution d'une vente, ils disent que le contrat sera résolu, si dans le délai de... l'acquéreur n'a pas payé.

Cette manière de procéder offre des avantages qui devraient en faire généraliser l'emploi. Il y a économie de frais, célérité dans la poursuite, toutes choses qui méritent d'être sérieuse-

(1) TROPLONG, *Vente*, n° 664.

ment considérées dans l'administration de la justice. On y gagne enfin le plus souvent d'éviter ces appels moratoires qui ne sont que des expédients de chicane. Car le défendeur qui a devant lui un délai plus ou moins long, néglige, dans l'espoir de payer, d'interjeter un appel qu'il n'entrevoit pas encore comme nécessaire; et, en attendant, le jugement qui a prononcé la résolution acquiert l'autorité de la chose jugée.

50. Ainsi se passent les choses dans les circonstances ordinaires, en l'absence de toute exception légale ou conventionnelle. Nous devons donc examiner maintenant quelles sont ces exceptions, leur nature et leur influence.

Il y a d'abord exception aux règles que nous venons de développer, lorsque la loi contient, à cet égard, une disposition spéciale qui prononce la résolution de plein droit, pour défaut d'exécution. Ainsi, en matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du temps convenu pour le retirement (1657). Bien que la convention n'exprimât aucun délai, la résolution aurait encore lieu de plein droit, si l'usage fixait lui-même un délai pour le retirement. Il y aurait alors en réalité un délai convenu, puisque les conventions comprennent tacitement ce qui est d'usage et d'habitude (1).

Mais si l'usage et le contrat sont muets sur le délai du retirement, nous ne croyons pas que la résolution doive avoir lieu de plein droit. L'article 1657 est en effet une disposition exceptionnelle, qui ne doit pas être appliquée hors de ses termes. Or il faut un délai convenu, c'est-à-dire déterminé d'accord par les deux parties. Il ne suffira donc pas au vendeur d'en fixer un, après coup, au moyen d'une sommation qui constitue sans doute le débiteur en demeure, mais qui ne saurait entraîner une résolution de plein droit, à défaut de retirement dans le délai fixé par elle. Dans ce cas, il faut revenir aux dis-

(1) Troplong, *Vente*, n° 678.

positions du droit commun, et poursuivre la résolution en justice, suivant l'article 1184 (1).

Si les choses vendues devaient être retirées par livraisons, le défaut de retirement, quant à la première, emporte résolution de plein droit pour le tout, vu l'indivisibilité de la convention.

Si le défaut de retirement s'appliquait aux livraisons intermédiaires ou extrêmes, il pourrait également y avoir lieu à une résolution totale. Seulement, en ce qui touche les restitutions à faire, on devrait procéder par voie de ventilation, si les choses précédemment livrées ne pouvaient plus être restituées.

L'article 1657 ne s'applique pas seulement aux matières civiles, il s'applique aussi aux matières commerciales (2). Les raisons sont les mêmes, plus fortes encore. Il importe surtout, en effet, à l'activité industrieuse du commerce, que le négociant puisse tirer parti de la variation des cours de marchandises, sans être astreint à procéder, d'un bout de la France à l'autre, à une action en résolution, par voie de sommation préalable, d'assignation, avec accompagnement de délais, comme en matière ordinaire.

Si le défaut de retirement, au terme convenu, de la part de l'acheteur, opère de plein droit la résolution de la vente d'objets mobiliers, le défaut de délivrance, au jour convenu, de la part du vendeur, ne produit pas les mêmes effets. Elle ne donne lieu qu'à une action commune en résolution. Ainsi, il n'y a pas réciprocité entre l'inexécution des engagements de l'un et de l'autre, sous le rapport de la délivrance et du retirement.

Un autre exemple de disposition exceptionnelle est dans l'article 1912, qui porte que le débiteur d'une rente constituée

(1) DURANTON, T. 16, n° 383. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 532, n° 3. — *Contrà*, TROPLONG, *Vente*, n° 679.

(2) FAVARD, Rép., v° *Acheteur*, n° 4. — DURANTON, T. 16, n° 380. — TROPLONG, *Vente*, n° 680. — Cass., 27 fév. 1828. SIREY, 28, 1, 357. — 6 juin 1848. SIREY, 49, 1, 65. — *Contrà*, DUVERGIER, *Vente*, T. 1, n° 475. — PARDESSUS, *Droit commercial*, T. 2, n° 288. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 533, n° 5.

en perpétuel peut être contraint au rachat, s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années. Mais, ainsi que nous l'avons vu, il faut distinguer entre les rentes quérables et portables (1).

Nous pourrions multiplier les exemples; mais nous terminons par cette observation : quand nous disons que la résolution a lieu, dans ce cas, de plein droit, sans sommation, sans mise en demeure, sans ministère du juge, nous ne voulons pas dire qu'on ne puisse intenter un procès, et plaider à cette occasion. Mais alors le seul point à débattre sera uniquement de savoir si le contrat a été ou non inexécuté, et le juge n'aura qu'à s'occuper de ce point de fait, sans avoir à examiner la question de savoir si, en droit, le contrat est résolu, ni même à en prononcer la résolution, puisque la loi la déclare d'office. Il ne fait que la reconnaître par son jugement.

51. Une seconde exception a lieu, lorsque l'obligation ne pouvait être exécutée que dans un certain temps que le débiteur a laissé passer (1146). Dans ce cas, la mise en demeure résulte de la nécessité même virtuellement imposée au débiteur, de satisfaire à ses engagements avec une ponctualité absolue. *Dies interpellat pro homine*, la fixation du terme vaut sommation. Tels sont les cas où j'achète des bestiaux qui doivent m'être livrés tel jour, parce que je me propose de les revendre à une foire prochaine; où j'achète des marchandises et des victuailles qui doivent m'être livrées tel jour, pour le chargement et l'armement de mon navire. Si la livraison n'a pas eu lieu dans le temps convenu, je pourrai poursuivre, avec dommages et intérêts la résolution du contrat, sans être astreint de constituer, au préalable, le vendeur en demeure de faire délivrance. La convention y a suffi elle-même.

Ce n'est pas à dire toutefois que la résolution soit encourue de plein droit, que je n'aie pas besoin de la poursuivre, et de la faire prononcer en justice. Je dois toujours m'adresser aux

(1) Voy. 1139, n° 10.

tribunaux, et la leur faire expressément déclarer, si mon adversaire ne veut y consentir amiablement. Mais s'il ne résulte pas en ma faveur de résolution de plein droit, de ce qne l'obligation devait être exécutée dans un certain temps, il en résulte du moins pour moi cet avantage, que je n'ai pas à constituer en demeure la partie contrevenante, par sommation on autre acte équivalent, et qne les juges ne peuvent lui accorder de délais de grâce, ni se dispenser de prononcer la résolution, du moment que l'inexécution est constatée.

52. L'application de cette exception suppose elle-même que le débiteur doit satisfaire à ses engagements, sans que le créancier ait à se déranger ponr recevoir payement. Comme celui-ci est dispensé de toute démarche, de toute initiative, l'autre doit faire toutes les diligences nécessaires pour l'accomplissement de ses obligations. Le payement doit-il avoir lieu au domicile du créancier ; c'est là que le débiteur devra spontanément payer, porter, en quelque sorte, le payement; et il sera constitué en demeure par la seule échéance du terme.

Le payement doit-il se faire dans un lieu déterminé, soit entre les mains du créancier, soit entre les mains d'un tiers indiqué; le débiteur doit encore faire toutes diligences, et se mettre en mesure d'y satisfaire à ses engagements.

Le payement doit-il enfin s'effectuer au domicile du débiteur; c'est alors au créancier que l'obligation est imposée d'aller y recevoir, d'y quérir payement, le débiteur n'ayant pas à aller au-devant de lui, et à le prévenir par une démarche dont il est dispensé. Il n'a qu'à l'attendre chez lui, et à se tenir prêt à payer sur la première réclamation.

Mais, de même que le créancier n'a pas besoin de constituer le débiteur en demeure, lorsque l'obligation est portable, puisque la convention y suffit, de même aussi, quand le payement est quérable, il n'a pas à constater, par une sommation ou tout autre acte équivalent, qu'il s'est inutilement présenté, soit à son domicile, soit au lieu déterminé par la convention, en personne ou par mandataire. Une sommation n'est pas néces-

saire pour établir que le créancier s'est présenté, le jour de l'échéance, au lieu où le payement devait être effectué. Cette démarche peut être constatée, même par la preuve testimoniale. Le créancier peut établir, par toute sorte de preuves, qu'il s'est présenté, pour recevoir payement, aux jour et lieu indiqués, sans que de son côté le débiteur ait été prêt à satisfaire à ses engagements. Exiger pour la constatation de cette présentation, une sommation ou tout autre acte équivalent, ce serait, dans une foule de cas, demander l'impossible et astreindre, en quelque sorte, tout créancier qui va recevoir payement, à se faire accompagner d'un officier ministériel, tout prêt à verbaliser sur le seuil d'une maison de campagne, sur un champ de foire champêtre, sur la borne d'une route ou en plein champ (1).

De son côté, le débiteur qui a été exact et ponctuel à se présenter pour effectuer son payement aux lieu et jour indiqués, n'est pas obligé de constater ses diligences par un acte d'offres. Il peut les établir par toute sorte de preuves. Il peut prouver, même par témoins, que si le payement n'a pas été opéré, ce n'est point sa faute, mais celle du créancier qui a négligé de se présenter en personne ou par mandataire pour le recevoir; et, moyennant cette preuve, il échappera à l'action en résolution et en dommages et intérêts. Il pourra même se prévaloir du défaut de retirement (1657).

Mais si la loi n'exige point de sommation de la part du créancier, ni d'acte d'offres de la part du débiteur, la prudence conseille d'employer ce mode de constatation, toutes les fois que son emploi est possible, et qu'il n'emporte point de la part du créancier renonciation à une résolution déjà encourue. Il faut en effet observer que, si le créancier sommait, après l'échéance, le débiteur de payer, il le relèverait de l'action en résolution, pourvu que celui-ci payât sur la sommation qui lui est adressée et sur-le-champ.

Enfin, si ni le créancier ni le débiteur ne s'étaient présen-

(1) DURANTON, T. 10, n° 466.

tés, à l'échéance, au lieu convenu, pour recevoir ou effectuer le payement, les tribunaux auraient à apprécier, en fait, lequel des deux a été légitimement autorisé par les circonstances à ne pas se présenter, soit pour opérer un payement qu'il savait ne devoir être reçu par personne, soit pour recevoir un payement que personne ne devait lui offrir. L'inutilité constatée d'une semblable démarche la ferait considérer comme accomplie; car l'autre partie ne saurait raisonnablement tirer objection, de ce que son adversaire n'a pas fait ce que sa conduite l'a autorisé à ne pas faire.

53. Une troisième exception a lieu, lorsqu'il a été expressément convenu que la résolution aurait lieu de plein droit, à défaut d'exécution. Nous devons examiner avec quelque soin la valeur et la portée d'une semblable clause, dont l'interprétation a soulevé différents systèmes dans la jurisprudence et dans la doctrine.

Nous commencerons par dissiper une confusion possible. La loi sous-entend la condition résolutoire dans tout contrat synallagmatique, pour le cas où l'une des parties ne satisfera pas à ses engagements. Dans ce cas, dit l'article 1184, le contrat n'est pas résolu de plein droit. Dans ce cas!... est-ce à dire que la résolution ne doit être demandée en justice que dans le cas où la condition résolutoire est sous-entendue, tacite; de telle sorte qu'elle ait lieu de plein droit lorsque les contractants, au lieu de garder le silence, en ont fait une clause expresse? Voilà la confusion que nous voulons d'abord écarter. Sans doute, les contractants peuvent stipuler, soit en termes exprès, soit en termes équipollents, que la résolution s'opèrera de plein droit, si l'un ou l'autre d'entre eux ne satisfait pas à ses engagements. Mais s'ils se bornent à dire que le contrat sera soumis à la résolution pour inexécution, sans ajouter, de plein droit, en termes exprès ou en termes équipollents, ils ne font que mettre dans leur convention une clause que la loi elle-même y sous-entend d'office. C'est la disposition de la loi exprimée, insérée dans le contrat, sans modification aucune, ni

en plus ni en moins, comme ferait, dans une vente, une clause de garantie, qui est de droit.

Ces mots, dans ce cas, n'ont pas pour objet de marquer une différence entre la condition résolutoire sous-entendue, et la même condition résolutoire exprimée dans le contrat. Leur insertion dans l'article 1184 a pour but de distinguer, quant à leurs effets, la condition résolutoire tacite, sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, de la condition résolutoire proprement dite, dont vient de s'occuper l'article 1183 (1).

Si donc il y a une différence entre le pacte commissoire tacite et le pacte commissoire exprès, ce n'est pas parce que le pacte est simplement exprès, mais bien uniquement lorsqu'il ajoute à la disposition de la loi, en stipulant que la résolution aura lieu de plein droit, soit en termes formels, soit en expressions équivalentes (2). Or, c'est une clause de cette espèce que nous supposons.

54. On sait que, dans les principes du droit romain, le pacte commissoire s'exécutait littéralement et rigoureusement dans les actes où il était stipulé. Il suffisait qu'il fût convenu, pour qu'il opérât de plein droit (3), par la double raison que l'échéance seule constituait le débiteur en demeure, et qu'il ajoutait aux dispositions de la loi qui, à la différence du Code Napoléon, ne le sous-entendait pas, du moins généralement dans les contrats.

Au contraire, dans notre ancienne jurisprudence, le pacte commissoire le plus exprès était simplement comminatoire. « L'acheteur, dit Pothier (4), est admis jusqu'à la sentence à en empêcher l'effet, par des offres de payer le prix; c'est une pure grâce que notre jurisprudence accorde à l'achcteur. » « Les clauses résolutoires, dit Domat (5), à défaut de paye-

(1) Toullier, t. 6, n° 554.
(2) Zachariæ, t. 2, pag. 305, n^te 45.
(3) L. 12, C. *De contr. et comm. stip.*
(4) *Vente*, n° 461.
(5) *Lois civiles*, liv. 1, tit. 2, sect. 12, n° 12.

ment au terme ou d'exécuter quelque autre convention, n'ont pas l'effet de résoudre d'abord la vente par le défaut d'y satisfaire; mais on accorde un délai pour ce qui a été promis. »

Tels ne sont pas aujourd'hui les principes du Code Napoléon. Les conventions légalement formées tiennent, en effet, lieu de loi entre les parties. La clause par laquelle les contractants conviennent que leur convention sera résolue de plein droit, doit donc recevoir son exécution, comme n'étant contraire ni à l'ordre public, ni aux prohibitions de la loi (1).

55. Cette clause, dans son exécution, modifie essentiellement les effets de la condition résolutoire tacite, pour les assimiler aux effets de la condition résolutoire proprement dite. Ce n'est pas cependant qu'il soit encore possible de faire entre elles une assimiliation absolue; mais elles se ressemblent sous le rapport de leur commune efficacité de plein droit, sans le ministère ni l'intervention du juge : et c'est là un point capital, fécond en graves et importants résultats.

Ainsi, le créancier n'a pas à demander la résolution en justice; le ministère du juge est inutile, là où la convention s'explique formellement.

Comme la clause a suffi pour constituer le débiteur en demeure, le créancier est dispensé de lui adresser une sommation, à moins qu'il n'ait été convenu que la résolution n'aurait lieu de plein droit que sur sommation, ou après certain délai depuis la sommation non suivie de payement.

Le débiteur ne peut demander, et le juge ne peut lui accorder de délai pour effectuer le payement. La résolution est irrémissiblement acquise, à moins que le créancier ne lui fasse la grâce d'y renoncer, et de lui concéder un délai plus ou moins long.

On peut sans doute plaider, contester; mais le juge n'a qu'à examiner, en fait, si les engagements n'ont pas été remplis, et nullement, en droit, si la résolution est encourue, l'inexécution

(1) Toullier, t. 6, n° 554 et suiv. — Zachariæ, t. 2, pag. 305. — Troplong, *Vente*, n° 667. — Duranton, t. 16, n° 375.

étant constatée. Il a seulement la faculté d'accorder aux parties un délai, pour l'exécution du jugement qui reconnaît la résolution, et en ce qui touche les restitutions qu'elles ont, en conséquence, réciproquement à se faire (122, C. pr.).

56. Quoi qu'il en soit, l'article 1656, relatif aux ventes d'immeubles, tempère, dans son application, la clause par laquelle les parties stipulent que la vente sera résolue de plein droit, à défaut de payement. Mais, en même temps, il supprime l'indulgente facilité de notre ancienne jurisprudence. « S'il a été stipulé, dit-il, lors de la vente d'immeubles que, faute de payement du prix dans le terme convenu, la vente serait résolue de plein droit, l'acquéreur peut néanmoins payer après l'expiration du délai, tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation; mais après cette sommation, le juge ne peut lui accorder de délai. ».

Tel est donc le tempérament que l'article 1656 apporte à la rigueur de la clause. Il ne suffit pas que l'acquéreur n'ait pas payé le prix à l'échéance, pour que la résolution soit acquise. Il faut que le vendeur commence par le mettre en demeure; mais une fois que cette mise en demeure a eu lieu, la résolution est acquise de droit, et le juge ne peut se dispenser de la déclarer.

En parlant de sommation, l'article 1656 n'emploie aucun terme rigoureusement exclusif. Du moment, en effet, qu'il s'agit d'une mise en demeure, l'essentiel est que cette mise en demeure ait lieu, et peu importe que ce soit par une sommation ou par tout autre acte équivalent. L'article 1656 s'interprète donc en ce point par l'article 1139, qui contient des dispositions générales sur la mise en demeure. Ainsi, un commandement, une déclaration par laquelle le débiteur se reconnaît pour constitué en demeure, sont des actes parfaitement suffisants.

Nous pensons même qu'une citation en justice suffit. Que faut-il, en effet, pour que la résolution soit acquise? La constatation régulière du retard. Or ce retard est bien et dûment

constaté par une citation qui contient des conclusions formelles, soit en payement, et, faute de payement, en résolution, soit en résolution à défaut de payement, ce qui est la même chose. Ces conclusions ainsi formulées ne doivent pas être entendues en ce sens, que le vendeur donne à l'acquéreur la faculté de payer jusqu'au jugement qui déclare la résolution, ainsi que les choses ont lieu dans les circonstances ordinaires. La résolution existe en effet de droit, aussitôt que le retard a été régulièrement constaté; et, quand le juge la prononce, il ne fait que reconnaître son existence antérieure. Or on ne peut nier qu'une citation ne constate le retard aussi énergiquement qu'une sommation simple.

Mais nous devons reconnaître que généralement, dans la pratique, on commence par adresser à l'acquéreur une sommation ou un commandement, et que ce n'est qu'après qu'on intente contre lui l'action en résolution, si la résolution n'est amiablement accordée.

Après cette mise en demeure par sommation ou commandement, le vendeur pourrait même agir contre l'acquéreur en revendication; car la résolution lui étant dès lors acquise de plein droit, par la vertu de la clause stipulée, il peut agir comme propriétaire rentré dans ses droits de propriété. Mais la sommation préalable n'est nécessaire que dans le cas où il prétendrait agir par voie de revendication et non de résolution. S'il revendiquait avant d'avoir mis l'acquéreur en demeure, il serait non recevable dans son action, puisque le contrat ne serait pas encore résolu.

57. On a déjà compris que nous refusons au juge la faculté d'accorder un délai à l'acquéreur, aussitôt qu'il a été régulièrement constitué en demeure. Telles sont d'ailleurs les dispositions formelles de l'article 1656.

Mais après cette mise en demeure, peut-il encore payer? M. Duranton (1) lui en reconnaît le droit; nous ne saurions

(1) T. 16, n° 377.

partager ce sentiment. L'opinion de M. Duranton consiste dans cette prétention, que le seul effet de clause portant résolution de plein droit, est d'enlever au juge la faculté d'accorder un délai au débiteur, après sa mise en demeure. C'est un moyen terme entre les opinions de Pothier et de Domat, qui admettaient la concession d'un délai de grâce et le droit de payer, jusqu'à la sentence qui prononçait la résolution, et l'opinion plus tranchée qui dénie l'un et l'autre sous le Code Napoléon.

Il faut avouer que le pacte commissoire se trouverait réduit à de bien médiocres effets; il ne ferait que retirer le droit d'accorder un sursis. Mais alors ses effets seraient absolument nuls, pour tous les cas où le débiteur serait, indépendamment de la clause, indigne de toute faveur. Nous croyons donc que le législateur a introduit une innovation plus radicale.

Si, en effet, le juge ne peut accorder de délai à l'acquéreur aussitôt qu'il est mis en demeure, ce ne peut être que parce qu'il n'est plus à temps de payer et d'empêcher la résolution. L'article 1656 le donne suffisamment à entendre, lorsqu'il dit que l'acquéreur peut néanmoins payer après l'expiration du délai, tant qu'il n'a pas été mis en demeure; d'où la conséquence qu'il ne le peut plus après. Et, parce qu'il ajoute surabondamment qu'après la sommation, le juge ne peut lui accorder de délai, on ne peut soutenir que c'est à cela seul qu'il a borné les effets du pacte commissoire. Il s'agissait de modifier l'ancien droit; et on a rappelé ce qu'il concédait, pour faire mieux comprendre que la loi nouvelle ne le concédait plus. Le système de M. Duranton roule ici sur une équivoque, quand il prétend que l'acquéreur ne demande pas la grâce d'un délai, mais la faculté d'un remboursement. Le délai est en effet le moyen de rembourser; or, en retirant la faveur de l'un, on retire la faculté de l'autre, par la raison que, qui ne veut pas les moyens, ne veut pas la fin (1).

(1) Troplong, *Vente*, n° 669. — Toullier, t. 6, n°s 555, 560 et 568. — Cass., 19 août 1824. Sirey, 25, 1, 49.

58. L'article 1656 contient une véritable exception aux principes ordinaires du droit. Si le pacte commissoire portant expressément résolution de plein droit n'opère pas comme dans le droit romain; si, malgré l'expiration du terme convenu, il faut encore mettre le débiteur en demeure par une sommation, c'est parce que le législateur a cru devoir introduire une exception en faveur des ventes d'immeubles, à cause des conséquences plus graves de leur résolution (1).

Il faut convenir pourtant qu'il se présente fort souvent tel bail, telle vente de meubles, dont l'importance est hors de toute comparaison avec une vente de quelques ares de terrain. Cependant, l'article 1656 ne leur est pas applicable. Voilà où l'on arrive, au moyen d'exceptions qui ne sont pas fondées sur la véritable nature des choses.

D'un autre côté, l'article 1656, en imposant au vendeur l'obligation d'adresser une sommation à l'acquéreur, même après l'expiration du terme, n'a pas fait une bien grande concession en faveur du débiteur. En effet, la clause portant résolution de plein droit ne fait pas que le débiteur se soit, par cela même, obligé à venir payer au domicile de son créancier. Les règles relatives au lieu où le payement doit s'effectuer n'en sont nullement altérées. Régulièrement, il doit se faire au domicile du débiteur, ou, s'il s'agit d'un corps certain et déterminé, dans le lieu où était la chose au temps de l'obligation (1247); s'il s'agit du prix d'une vente, au lieu où doit se faire la délivrance (1651), c'est-à-dire au lieu où était la chose au temps de la vente (1609); et s'il y a une clause particulière, au lieu détermiué par la convention. Or, si la stipulation de la résolution de plein droit constitue, par la seule échéance du terme, le débiteur en demeure, ce point n'est d'une exactitude absolue que dans le cas où l'obligation de donner ou de faire doit être exécutée au domicile du créancier, à qui le débiteur doit, pour ainsi dire, porter payement. Mais si le payement doit s'effectuer, soit au domicile du débiteur, soit en un

(1) TROPLONG, *Vente*, n° 667.

lieu déterminé, l'échéance seule du terme ne suffit plus pour constituer le débiteur en demeure, en ce sens que le créancier qui doit alors aller, en personne ou par mandataire, recevoir payement, doit constater régulièrement, sinon par une sommation ou par tout autre acte équivalent, du moins de toute autre façon quelconque, qu'il s'est présenté, à l'échéance, au lieu où le payement devait être effectué. En ne demandant pas, le créancier est censé renoncer au bénéfice de la stipulation. En tout cas, le débiteur n'est pas en demeure de payer; *nulla enim mora intelligitur ubi nulla petitio est* (1). Ce que l'article 1656 donne à l'acquéreur qui doit payer ailleurs qu'au domicile du vendeur, le droit romain le lui donnait ainsi déjà, ou à peu près. Seulement, son retard doit être constaté par une sommation ou tout autre acte équivalent.

Et de là nous concluons, en passant, que, pour les contrats qui ne constituent pas des ventes d'immeubles, tels que baux de maison ou de biens ruraux, louages d'ouvrage ou d'industrie, etc... alors même que la résolution est stipulée de plein droit, à défaut d'exécution de la part de l'une des parties, le stipulant doit encore, avant de se prévaloir de la clause commissoire, mettre le débiteur en demeure de payer, ou du moins établir son retard, toutes les fois que le payement n'est pas portable à son domicile ou à celui d'un tiers désigné pour recevoir.

Mais si, sous ce rapport, les dispositions de l'article 1656 rentrent, au fond, dans le droit commun, sauf la forme de la mise en demeure, voici en quoi elles y dérogent : supposez que l'acquéreur se soit obligé de payer au domicile du vendeur, ou d'un tiers indiqué pour recevoir, *adjecti solutionis gratiâ*; la clause portant stipulation d'une résolution de plein droit n'opèrera pas encore de plein droit. L'article 1656, ne faisant aucune distinction, et exigeant une mise en demeure indistinctement, le vendeur devra mettre, même dans le cas d'un payement portable, le débiteur en demeure, et celui-ci pourra payer jusqu'à la sommation ou l'acte équivalent. Tel

(1) L. 88, *ff. De reg. jur.* — Voy. 1139, n° 10.

est le privilége attaché à une vente d'immeubles, en ce qui concerne le non payement du prix.

Mais il faut remarquer qu'il n'existe qu'en faveur de l'acquéreur, de telle sorte que, si c'était lui qui eût stipulé le pacte commissoire contre le vendeur, la résolution s'opèrerait de plein droit, comme s'il ne s'agissait pas d'une vente d'immeubles. Il n'y a pas réciprocité.

59. Nous disons que le pacte commissoire portant résolution de plein droit doit recevoir son exécution littérale dans les actes où il a été stipulé, autres qu'une vente d'immeubles. Ce n'est pas, toutefois, une opinion hors de toute controverse. Il est vrai que M. Bigot de Préamneu disait dans son rapport que, lors même que la condition résolutoire serait formellement stipulée, il faudrait toujours en vérifier les causes, et qu'il peut en être de si favorables, que le juge se trouve forcé par l'équité à accorder un délai. Mais ce n'est là qu'une opinion qui, pour être officielle, ne saurait être considérée comme un commentaire d'une exactitude infaillible. Elle est en effet d'abord démentie par l'article 1656 qui, tout exceptionnel qu'il est, restreint cependant la faveur de ses dispositions à la nécessité d'une mise en demeure de l'acquéreur, et prohibe en même temps toute concession de délai. Or, stipuler dans un contrat autre qu'une vente d'immeubles la résolution de plein droit, c'est mettre d'emblée le débiteur en demeure, suivant les distinctions rendues nécessaires par le lieu où le payement doit être effectué. Il y a même plus qu'une simple mise en demeure; il y a destitution de tout délai de grâce. On a beau invoquer des considérations d'équité; elles ne sauraient prévaloir sur la loi du contrat. Le débiteur ne peut donc que s'en remettre à l'humanité, à la générosité de son créancier, et les juges, en présence de la clause stipulant une résolution de plein droit, ne peuvent ni vérifier les causes du retard, ni accorder des délais de grâce. Tel serait le cas d'un bail (1).

(1) TROPLONG, *Louage*, n° 321. — *Contrà*, DUVERGIER, *Louage*, T. 1, n° 475.

60. Nous ne comprenons guère pourquoi certains auteurs, sous le Code Napoléon (1), accordent encore à l'acquéreur le droit de se prévaloir de l'article 1656, et d'exiger une mise en demeure, quand il a été stipulé que la résolution aurait lieu à défaut de payement, de plein droit, sans sommation, sans acte de mise en demeure, sans forme ni figure de procès, ou autres expressions équivalentes. La convention déroge ici à la loi; et l'article 1656 n'est pas tellement d'intérêt public, qu'il ne puisse recevoir aucune modification de la volonté des contractants. Dans ce cas, tout a été dit, prévu et convenu; la résolution s'opère d'elle-même (2).

Il convient cependant d'y mettre une restriction, c'est que le prix sera portable au domicile du vendeur, ou de tout autre indiqué pour le recevoir. S'il était quérable, et ceci est commun à tous les contrats, le créancier serait bien toujours dispensé d'adresser au débiteur une sommation pour le constituer en demeure, puisqu'il l'est, d'après les dispositions générales de l'article 1139, par la seule échéance du terme; mais la clause n'aurait pas pour effet de le dispenser de constater, au moins d'une manière quelconque, que le débiteur, lorsque le payement lui a été demandé, ne s'est pas trouvé en état de satisfaire à ses engagements. En effet, tant qu'il ne se présente pas pour toucher, il est censé renoncer au bénéfice de la clause qui, autrement entendue, serait pour l'acquéreur un véritable guet-apens. Ce dernier peut même répondre, à bon droit, que c'est par sa faute et sa négligence, qu'il n'a pas effectué un payement qu'il devait venir lui demander. Si donc la clause portant résolution de plein droit, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, dispense le créancier de constater le retard du débiteur, ce ne peut être que dans les cas où elle implique, par suite des autres circonstances, l'obligation de

(1) Voy. DURANTON, T. 16, n° 376.

(2) TOULLIER, T. 6, n°s 556, 557 et 560. — TROPLONG, *Vente*, n° 668. — DUVERGIER, *Vente*, T. 1, n° 462. — ZACHARIÆ, T. 1, pag. 403, n°s 8, et T. 2, pag. 538, n°s 30. — MERLIN, Quest., v° *Emphytéose*, § 3.

payer à son domicile, ou à celui d'un tiers indiqué pour recevoir.

61. Lorsque la résolution d'une convention est poursuivie pour inexécution, la partie qui a manqué à ses engagements ne peut opposer à la demande en résolution, certaines clauses qui auraient été stipulées exclusivement dans la prévision d'une exécution loyale et complète de sa part. Ainsi, je puis expulser mon fermier, mon locataire pour abus de jouissance, pour non payement des fermages, ou pour tout autre défaut d'exécution, sans être tenu de lui signifier le congé d'usage ou de convention. Autrement, le droit de demander la résolution deviendrait illusoire, puisque la partie qui n'a pas exécuté ses engagements pourrait encore, jusqu'à un certain point, contraindre le créancier à s'en tenir aux termes de la convention. De pareilles prétentions sont manifestement contraires au droit et à l'équité ; au droit, parce qu'on ne peut se prévaloir, dans un cas, d'une clause stipulée pour un autre cas ; à l'équité, parce qu'il n'est pas juste que celui qui n'exécute pas la convention puisse obliger son adversaire à l'exécuter lui-même.

62. Il est de principe aujourd'hui hors de controverse, que les tiers acquéreurs sont soumis à l'action résolutoire, par exemple, pour défaut de payement du prix de la première vente. Avant la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, elle ne se purgeait même pas, et se conservait indépendamment du privilége du vendeur. Il n'était besoin d'aucune formalité particulière pour sa conservation ; et, à la différence de l'hypothèque et du privilége qui sont soumis à certaines conditions de publicité, elle ne devait pas être inscrite, parce qu'elle s'adresse à la chose elle-même et non à sa valeur (1).

(1) TROPLONG, *Hyp.*, n° 222. — DUVERGIER, T. 1, *Vente*, n° 441. — MERLIN, Rép., v° *Résolution*, n° 4. — TOULLIER, T. 6, n° 577. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 536. — Cass., 2 déc, 1811. SIREY, 12, 1, 56. — 3 déc. 1817. SIREY, 18, 1, 124. — 26 mars 1828. SIREY, 28, 1, 371.

Ce n'est pas cependant que le vendeur qui n'avait pas conservé son privilége, eût le droit d'être colloqué par privilége sur le prix de l'immeuble, sous prétexte qu'il pouvait poursuivre la résolution, et anéantir par ce moyen les droits des tiers acquéreurs et des créanciers hypothécaires (1). Cette collocation privilégiée ne pouvait avoir lieu que du consentement exprès de tous les intéressés, et comme payement fait en l'acquit et à la place du débiteur, pour éviter la résolution.

En droit romain, le copermutant envers lequel il n'était pas satisfait aux engagements contractés par l'autre, ne pouvait reprendre sa chose entre les mains des tiers sous-acquéreurs (2). Sous le Code Napoléon, au contraire, l'article 1705, en donnant au copermutant évincé de la chose qu'il a reçue en échange, le choix de conclure à des dommages et intérêts, ou de répéter sa chose, applique expressément à l'échange le principe général et de droit commun posé dans l'article 1184. C'est donc un cas de résolution pour inexécution; or, la résolution produit des effets contre les tiers. Le copermutant évincé pourra donc reprendre sur eux sa chose, comme le ferait un vendeur non payé, après avoir fait prononcer préalablement la résolution du contrat, contradictoirement avec son échangiste (3).

63. L'action en résolution, comme tendante à la dissolution d'un contrat, est avant tout personnelle; mais elle devient tout aussitôt réelle, du moment qu'elle tend à la restitution d'une chose. S'agit-il d'un contrat de vente, l'action en résolution est personnelle et réelle, c'est-à-dire mixte, *actio personalis in rem scripta*. Elle se complique de poursuite personnelle et de revendication. Car, d'une part, c'est une chose dont la restitu-

(1) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 536, n[te] 23. — Cass., 18 juill. 1825, SIREY, 25, 1, 392.

(2) L. 4, C. *De rerum permut.*

(3) TROPLONG, *Échange*, n° 25. — DURANTON, T. 16, n° 546. — MERLIN, Rép., v° *Échange*, § 2. — DUVERGIER, *Vente*, n° 417. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 577. — *Contrà*, DELVINCOURT, T. 3, pag. 414. — FAVARD, Rép., v° *Échange*.

tion est demandée, et, de l'autre, pour l'obtenir, il faut faire juger contre le défendeur qu'il est tenu personnellement de la remettre (1).

De là cette première conséquence, que l'action en résolution, comme personnelle, peut être intentée contre le contractant, l'acquéreur par exemple, alors même qu'il a cessé de posséder la chose;

Qu'à raison de son caractère réel, elle suit la chose, *rei est persecutoria*, en quelques mains qu'elle passe;

Qu'à raison de son mélange de personnalité et de réalité, elle peut être intentée, au choix du demandeur, devant le tribunal, soit des défendeurs, soit de la situation des biens, contre le contractant ou contre les tiers détenteurs qui se sont, comme lui, obligés de payer (59, C. pr.);

Enfin, que contre les tiers simples détenteurs, non personnellement obligés, elle doit, étant purement réelle, être portée devant le tribunal de la situation des biens.

64. Le principe que l'action résolutoire n'est soumise à aucune formalité pour être conservée, soit envers le débiteur, soit envers les tiers; qu'elle survit au privilége, aux sous-aliénations, à toutes les formalités de la purge, à l'ordre même; ce principe, tel au moins qu'il existait avant la loi du 23 mars 1855, souffre une première exception, lorsqu'il s'agit d'une adjudication par suite de saisie immobilière, ou de surenchère sur aliénation volontaire (717, 838, C. pr.).

La loi du 2 juin 1841, qui a réformé certaines parties du Code de procédure, a introduit une innovation dans l'intérêt de la sécurité des tiers adjudicataires sur expropriation forcée. Il arrivait en effet qu'après la saisie, l'adjudication, la distribution et l'ordre consommés, celui qui avait aliéné primitivement faisait résoudre pour défaut de payement et évinçait l'adjudicataire.

On décidait même que le vendeur non payé pouvait encore

(1) BONCENNE, *Théorie de la procéd. civ.*, T. 1, pag. 75. — TROPLONG, *Vente*, nos 624 et suiv.

poursuivre la résolution contre l'adjudicataire, alors même que l'expropriation avait été obtenue par un créancier, à qui il avait lui-même délégué une partie du prix, et qui avait poursuivi le débiteur, non par action hypothécaire, mais par action personnelle, en son nom personnel et privé, et non comme exerçant les droits du délégant. Si, d'une part, en effet, celui-ci est censé ne pas devoir contrarier l'exercice du droit cédé, d'autre part, le délégataire ne doit pas non plus, par l'exercice de son droit, paralyser celui que le délégant s'est réservé, sans renoncer expressément au droit qui lui appartient personnellement de poursuivre la résolution (1).

Pour obvier à ces inconvénients, le législateur a apporté, en 1841, une dérogation fort importante aux principes généraux du droit. « L'adjudication, porte l'article 717, C. pr., ne transmet à l'adjudicataire d'autres droits à la propriété que ceux appartenant au saisi. Néanmoins, l'adjudicataire ne pourra être troublé dans sa propriété, par aucune demande en résolution fondée sur le défaut de payement du prix des anciennes aliénations, à moins qu'avant l'adjudication la demande n'ait été notifiée au greffe du tribunal où se poursuit la vente. Si la demande a été notifiée en temps utile, il sera sursis à l'adjudication, et le tribunal, sur la réclamation du poursuivant ou de tout autre créancier inscrit, fixera le délai dans lequel le vendeur sera tenu de mettre à fin l'instance en résolution. Le poursuivant pourra intervenir dans cette instance. Ce délai expiré sans que la demande en résolution ait été définitivement jugée, il sera passé outre à l'adjudication, à moins que, pour des causes graves et dûment justifiées, le tribunal n'ait accordé un nouveau délai pour le jugement de l'action en résolution. Si, faute par le vendeur de se conformer aux prescriptions du tribunal, l'adjudication avait eu lieu avant le jugement de la demande en résolution, l'adjudicataire ne pourrait pas être poursuivi à raison des droits des anciens vendeurs, sauf à ceux-ci à faire valoir, s'il y avait lieu, leurs

(1) Cass., 30 juill. 1834. Sirey, 35, 1, 311.

titres de créance dans l'ordre et distribution du prix d'adjudication. »

Pour éviter toute surprise à l'égard du vendeur primitif non payé, l'article 692, C. pr., exige, à peine de nullité (715), que la sommation de prendre communication du cahier des charges adressée aux créanciers inscrits, porte, si parmi ces créanciers se trouve le vendeur de l'immeuble saisi, que, à défaut de former sa demande en résolution, et de la notifier au greffe avant l'adjudication, il sera définitivement déchu, à l'égard de l'adjudicataire, du droit de la faire prononcer.

Quant aux anciens vendeurs, leur action est ainsi définitivement éteinte et leur déchéance absolue, de telle sorte que dans le cas où la première adjudication viendrait à tomber, par suite d'une folle enchère ou d'une surenchère, ils ne pourraient exercer l'action résolutoire, en notifiant leur demande avant la seconde adjudication. Les créanciers ont en effet, dans ce cas, des droits acquis, que la folle enchère et la surenchère ne font même que protéger dans leur exercice. La chose reste donc, à leur égard, purgée définitivement de l'action en résolution (1).

Mais si la première adjudication venait à tomber par suite de l'annulation du jugement qui la prononce, nous croyons qu'alors les anciens vendeurs non payés pourraient poursuivre leur action, en la notifiant avant la seconde adjudication. Ils rentrent dans le plein exercice de leurs droits, parce que la première adjudication, une fois annulée, est réputée non avenue, et que, d'ailleurs, elle ne constitue pour les créanciers aucune sorte de droits acquis à la réalisation de leur gage commun (2).

Ce serait exagérer les dispositions de l'article 717, C. pr., et en fausser le véritable sens, si, se préoccupant de l'intérêt des tiers et de leur sécurité, on prétendait en généraliser l'application, et l'étendre à toute espèce d'actions résolutoires,

(1) Bordeaux, 19 fév. 1850. SIREY, 50, 2, 394. — *Contrà*, CHAUVEAU, sur Carré, *Quest.* 2406.
(2) CHAUVEAU, sur Carré, *ibid.*

pour quelque cause et pour quelque contrat synallagmatique que ce soit. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que ses dispositions sont exceptionnelles et doivent être entendues strictement. Or, d'après ses termes, il ne s'agit pas de toute espèce d'aliénations; il ne prévoit que le cas de vente. Il ne s'agit pas non plus de toute espèce de causes de résolution; il ne prévoit qne le cas de défaut de payement du prix. Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter à la discussion de la loi à la chambre des députés (1). Des observations ayant été faites sur le sens restrictif de l'article 717, tel qu'il était conçu, cependant son texte ne fut point modifié. C'est donc en parfaite connaissance de cause que le législateur a maintenu une disposition qui, par sa lettre, ne constituait qu'une exception limitée aux principes généraux du droit.

De là cette première conséquence, que l'article 717 est inapplicable lorsque, s'agissant même d'une vente, l'action résolutoire est fondée sur une autre cause que le seul défaut de payement du prix, on qu'il s'agit d'une action en rescision ou en nullité.

Il s'ensuit encore qu'il ne peut être appliqué aux actions résolutoires, qui se réfèrent à des contrats autres que la vente, et que, par rapport à eux, l'article 1184 a conservé tout son empire. L'article 717 est donc inapplicable au cas d'échange, à moins que la résolution n'en soit poursuivie pour non payement de la soulte. Car, la soulte participant de la nature du prix et jouissant d'un égal privilége, on rentre littéralement dans les termes de notre article.

Sont également en dehors de ses dispositions, les actes de partage, les cessions de droits indivis, et autres actes équivalents à partage, lorsque le droit résolutoire y a été stipulé par une clause expresse, en cas d'inexécution des engagements. Il n'y a en effet ni aliénation, ni vente, ni prix, ni privilége de vendeur, mais seulement un partage, avec toutes ses conséquences de droit.

(1) Voy. *Moniteur* de 1841, pag. 110, 125.

Il ne doit pas plus être appliqué au cas où il s'agit de la résolution d'une donation, pour inexécution des charges et conditions sous lesquelles elle a été faite. Il suffirait qu'il ne s'occupât expressément que de la vente, pour que ses dispositions fussent étrangères à tout autre mode d'aliénation. Mais ici les raisons abondent. Comment, en effet, pourrait-on fonder la résolution d'une donation sur le défaut de payement du prix, quand c'est précisément l'absence de tout prix qui est le signe essentiellement caractéristique de la donation, à moins qu'on ne considère comme prix les charges et conditions stipulées, ce qui est une erreur monstrueuse? Il est ensuite aisé de comprendre les dispositions de l'article 717, appliquées au vendeur; car il a un privilége pour le prix, ou du moins il n'a tenu qu'à lui de le conserver. Mais le donateur n'a ni privilége, ni hypothèque de droit, pour l'exécution des charges. En perdant l'action résolutoire, il serait donc dépouillé de toute garantie. Enfin, il est impossible d'accomplir à son égard les mesures prescrites par l'article 692, C. pr., puisqu'il n'a ni privilége, ni hypothèque à faire inscrire. Or, la sommation prescrite par cet article se rattache intimement à l'idée de droits qui n'appartiennent qu'au vendeur. De même donc que l'article 692 est inexécutable à l'égard du donateur, l'article 717 lui est inapplicable (1).

Nous allons même jusqu'à penser qu'il en est ainsi du cas où il s'agit de poursuivre la folle enchère sur l'adjudicataire primitif, contre lequel ses créanciers personnels ont fait prononcer l'expropriation des immeubles précédemment adjugés. La folle enchère, bien qu'elle soit en réalité une action résolutoire, peut être poursuivie contre cet adjudicataire subséquent, en ce sens qu'il est exposé à éviction, comme tout tiers détenteur ordinaire. Ce résultat est, il est vrai, en opposition avec l'esprit de l'article 717, C. pr.; mais il ne faut pas oublier

(1) Bordeaux, 26 juin 1852. SIREY, 53, 2, 145. — Tribunaux de Louans, 30 janv. 1852, et de Vervins, 11 fév. 1853. SIREY, 53, 2, 205 et 421. — Caen, 19 fév. 1856. SIREY, 56, 2, 677.

que son texte ne comprend que le cas d'une aliénation volontaire, dont le prix n'est pas payé, et d'une demande en résolution proprement dite, fondée sur le défaut de payement du prix ; que la folle enchère a pour but de protéger des droits que la justice a placés elle-même sous sa protection ; qu'enfin le Code de procédure n'a organisé aucun moyen pour prévenir les créanciers qui poursuivent la folle enchère, des poursuites en expropriation dirigées contre l'adjudicataire, et pour les mettre en même temps en demeure d'exercer la folle enchère, avant toute nouvelle adjudication.

Nous pensons encore qu'en cas de vente de biens de mineurs, de femmes dotales, de successions vacantes ou bénéficiaires, et, en cas de licitation, les ayants-droit peuvent poursuivre la folle enchère, au préjudice du tiers qui se serait plus tard rendu adjudicataire sur l'expropriation de l'adjudicataire précédent. Bien que la folle enchère, ainsi que nous l'avons remarqué, participe des effets de l'action résolutoire, cependant, comme elle en diffère essentiellement, en ce qu'elle ne fait pas rentrer la chose dans les mains du poursuivant ; que seulement elle a pour objet de substituer un acquéreur au premier ; comme surtout l'article 717 ne s'occupe que des demandes en résolution, et qu'il fait exception aux règles ordinaires, nous pensons que la folle enchère peut être alors poursuivie. Nous ne nous dissimulons pas que ce résultat contrarie l'esprit de l'article cité ; mais c'était au législateur à s'expliquer sur le cas de folle enchère, et à étendre expressément aux ventes faites sous l'autorité de justice, des dispositions réellement exorbitantes du droit commun.

Le raisonnement sur lequel nous fondons ces solutions est parfaitement simple. Nous disons en deux mots : l'adjudication poursuivie ultérieurement sur l'adjudicataire ne transmet au dernier acquéreur et aux sous-acquéreurs, d'autres droits que ceux qui appartenaient au premier. Celui-ci étant tenu de payer son prix et de satisfaire aux charges de son adjudication, sous peine d'être poursuivi par la voie de la folle enchère, cette poursuite en folle enchère elle-même n'est autre

chose que l'exercice de l'action résolutoire ordinaire, appliquée aux ventes faites sous l'autorité de justice. Elle a de plus un caractère personnel et réel qui fait qu'elle poursuit et atteint la chose, en quelques mains qu'elle passe. Reste donc l'unique question de savoir si l'article 717 C. pr., introduit par la loi du 2 juin 1841, afin de donner plus de sécurité aux adjudicataires sur expropriation, s'applique également à la poursuite en folle enchère. Or nous croyons avoir établi que ses dispositions, tout exceptionnelles, ne sont textuellement applicables qu'à l'action résolutoire proprement dite, et nullement aux aliénations, quelles qu'elles soient, faites sous l'autorité de la justice. Dès lors, la folle enchère poursuivie contre l'adjudicataire qui n'a pas satisfait à ses engagements, a pour résultat de remettre la chose en vente, même au préjudice de tous tiers sous-acquéreurs, ou même sous-adjudicataires sur l'adjudicataire précédent. Ce n'est pas que la folle enchère soit poursuivie personnellement contre eux; mais elle aboutit à leur éviction.

Cependant, M. Troplong (1) critique vivement un arrêt de la Cour de Toulouse, du 18 juin 1830 (2), qui a décidé, sous l'ancien Code de procédure, et avant le nouvel article 717, que l'adjudicataire étant exproprié lui-même, par la voie de la saisie immobilière, des immeubles à lui adjugés, le nouvel adjudicataire et ses ayants-cause n'acquièrent que les droits qu'avait l'adjudicataire premier, et qu'ils sont soumis aux mêmes charges, et, conséquemment, aux poursuites par la voie de folle enchère. Mais cet auteur nous paraît avoir commis, dans la critique de cet arrêt, une manifeste confusion.

Il subordonne en effet la poursuite en folle enchère à la condition que les créanciers qui l'exercent, auront eu soin d'entretenir, par une inscription régulière et non périmée, leurs hypothèques, comme si la folle enchère avait pour fondement le droit de suite hypothécaire. Là est précisément la confu-

(1) *Hyp.*, n° 721.

(2) DALLOZ, 31, 2, 28.

sion. Sans doute, le créancier porteur d'un bordereau délivré contre un premier acquéreur, ne peut, lorsqu'il a laissé périmer son inscription, agir hypothécairement contre les sous-acquéreurs, par voie de sommation ou délaissement. Il ne peut non plus agir par voie d'exécution contre eux, parce qu'ils n'ont contracté aucun engagement personnel envers lui. Il peut tout au plus, s'il s'agit d'une vente volontaire, faire valoir le privilége ou l'action résolutoire du premier vendeur (1). De même, s'il s'agit d'une vente judiciaire, il peut exercer la folle enchère, non pas en ce sens qu'il la poursuit directement contre les tiers détenteurs, mais bien contre leur auteur, l'adjudicataire primitif, dont les droits s'évanouissent et entraînent, en s'effaçant, ceux de ses ayants-cause. M. Troplong ne reconnaît-il pas lui-même que la revente sur folle enchère dépouille l'adjudicataire, et efface les traces du droit que l'adjudication lui avait conféré? N'est-il pas encore incontesté que tout créancier a le droit de requérir la revente sur folle enchère, et que cette poursuite n'est pas un privilége réservé aux seuls créanciers hypothécaires? Qu'importe donc ici le droit de suite? Ce n'est pas ce droit qui fonde la poursuite en folle enchère. Elle est uniquement fondée, comme l'action résolutoire ordinaire, sur l'inexécution des engagements contractés par l'adjudicataire. Elle ne constitue pas une action hypothécaire envers des tiers qui ont acquis d'un propriétaire légitime, ayant droit de vendre, à charge des hypothèques; c'est une véritable action en résolution de l'adjudication primitive, dont le contre-coup retombe sur les tiers détenteurs de la chose, en vertu de la maxime, *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Il s'agit, en un mot, du droit même de propriété, et d'une transmission faite par un adjudicataire qui ne pouvait devenir propriétaire de la chose, qu'en acquittant le prix et les charges de l'adjudication. Or, que les hypothèques se purgent; soit. Mais le droit de propriété ne se purge pas, et les tiers détenteurs ne peuvent invoquer, pour échapper à

(1) Bourges, 21 fév. 1837. Sirey, 38, 2, 62.

l'éviction résultant de la folle enchère, que la prescription de dix, vingt ou trente ans, suivant les circonstances.

Que la revente sur folle enchère soit l'expropriation du saisi poussée à sa dernière limite ; d'accord. Mais, en même temps, elle résout le droit de l'adjudicataire. Comment les droits des ayants-cause de celui-ci ne seraient-ils pas en même temps résolus? Mais, ajoute M. Troplong, l'expropriation ne peut se poursuivre, quand on n'a pas d'inscription, que sur le débiteur direct. On ne peut, avec des inscriptions périmées, venir troubler des sous-acquéreurs. Ici la confusion recommence. Encore une fois, si la poursuite en folle enchère est le dénoûment extrême de l'expropriation du saisi, elle constitue aussi la rescision des droits de l'adjudicataire, et replace la chose sous l'action des créanciers. Ont-ils besoin, pour cela, d'un droit de suite hypothécaire? Non. Ils ne peuvent, dit-on, avec des inscriptions périmées, venir troubler des sous-acquéreurs, des sous-adjudicataires : Des sous-acquéreurs, de qui? du saisi? Oui, puisqu'il est propriétaire de la chose, et en supposant toutefois qu'il ait aliéné avant la transcription de la saisie (686, C. pr.) : De l'adjudicataire poursuivi en folle enchère? Non, parce que les droits de leur auteur étant rescindés et résolus, la propriété n'a pu leur être irrévocablement transmise. Ils sont, en conséquence, évincés, non pas en vertu d'un droit de suite hypothécaire, mais bien en vertu et par suite de la résolution des droits de leur auteur. Et qu'importe que ce dernier ait cessé de posséder? La résolution de ses droits est indépendante de sa dépossession, et, pour avoir été exproprié lui-même, ou pour avoir vendu ultérieurement, il n'en reste pas moins, comme obligé personnellement, sous le coup de la poursuite en folle enchère et de toutes les conséquences de cette action.

Mais voici une solution qui souffre, à coup sûr, moins de difficulté. Lorsque la poursuite en expropriation a été convertie en vente volontaire, l'article 717 est inapplicable; le vendeur non payé peut exercer contre l'adjudicataire son action résolutoire. Comme, dans ce cas, la vente a lieu sans mise en

demeure du vendeur originaire, avec le concours du saisi qui traite personnellement, dans les termes du droit commun, et comme, en cas de vente amiable, il n'y a pas de raison pour s'écarter de ce principe, que la vente ne transmet à l'acquéreur d'autres droits que ceux que le vendeur avait sur la chose aliénée (1).

65. Le décret du 28 février 1852, qui a organisé les sociétés de crédit foncier, a introduit une seconde exception au principe que l'action résolutoire ne se purge pas. Il l'a même étendue à toutes les actions rescisoires.

Voici ses dispositions : Article 24. « A l'égard des actions résolutoires ou rescisoires..., la purge a lieu de la manière suivante : un extrait de l'acte constitutif d'hypothèque dressé dans la forme indiquée au deuxième paragraphe de l'article 21 (c'est-à-dire contenant, sous peine de nullité, la date, les nom, prénoms, profession et domicile de l'emprunteur, la désignation de la nature et de la situation de l'immeuble, ainsi que le montant du prêt), est signifié aux précédents propriétaires, soit au domicile réel, soit au domicile élu, ou indiqué par les titres.

» Cet extrait est publié suivant le mode indiqué au premier paragraphe de l'article 23 (c'est-à-dire qu'un extrait de l'acte constitutif d'hypothèque est inséré dans l'un des journaux désignés pour les publications judiciaires).

» Et la purge s'opère après le délai de quarante jours, écoulé sans qu'il soit survenu d'inscription. »

Comme les sociétés de crédit foncier ne peuvent prêter que sur première hypothèque, et qu'il importe d'assurer en leur faveur toute l'efficacité des garanties hypothécaires qui leur sont fournies par l'emprunteur, le législateur a introduit, dans leur intérêt, une procédure tout exceptionnelle, afin de purger les hypothèques légales des mineurs, des interdits, des femmes même dotales, ainsi que les privilégés non inscrits. C'est cette

(1) Chauveau, sur Carré, n° 2441.—Caen, 9 fév. 1850. Paris, 14 août 1851. Sirey, 52, 2, 49.

procédure qu'il a appliquée aux actions résolutoires et rescisoires; en un mot, à toutes les actions qui tendent à la résolution, la révocation, la rescision, l'annulation du contrat, en vertu duquel l'emprunteur s'est présenté, vis-à-vis de la société de crédit foncier, comme étant propriétaire, de son chef ou du chef de ses auteurs, de l'immeuble sur lequel il a consenti hypothèque. Lorsque ces actions résolutoires ou rescisoires ont été régulièrement purgées, il est réputé propriétaire réel et irrévocable de l'immeuble hypothéqué par lui, mais seulement par rapport à la société de crédit foncier, et nonobstant toute résolution, révocation, rescision, annulation qui aurait été prononcée contre lui, sur la poursuite des précédents propriétaires. En conséquence, l'hypothèque qu'il a consentie subsiste au préjudice des droits de ces derniers.

Nous ne ferons qu'une observation sur ces dispositions exorbitantes ; c'est qu'elles imposent à ceux qui peuvent avoir à exercer, actuellement ou ultérieurement, quelque action résolutoire ou rescisoire, la nécessité de veiller avec le plus grand soin à la conservation de leurs droits. Mais le décret du 28 février 1852 n'indique point les formes de l'inscription conservatoire. Il est facile de combler cette lacune. L'inscription se prendra donc au bureau des hypothèques, sur doubles bordereaux, écrits sur papier timbré, contenant les nom, prénoms, profession, domicile du requérant; élection de domicile pour lui dans l'arrondissement; les nom, prénoms, domicile et profession de l'autre partie; l'énonciation, même en termes généraux, des actions résolutoires ou rescisoires pour la conservation desquelles inscription est prise; la date et la nature du titre auquel elles se réfèrent; enfin, l'indication de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels le requérant entend conserver ses actions et ses droits.

66. Depuis longtemps les jurisconsultes et hommes d'affaires s'étaient préoccupés des périls auxquels les intérêts du tiers étaient exposés, par l'exercice d'une action résolutoire, dont la conservation n'était subordonnée à l'accomplissement d'aucune formalité spéciale. Quelques esprits radicaux en de-

mandaient même tout simplement la suppression, comme s'il n'était pas, au contraire, conforme à la raison et au droit que l'objet du contrat réponde de son exécution. D'autres, et c'étaient les plus sages, se bornaient à assujettir l'action résolutoire à un système de publicité légale. La loi du 23 mars 1855 a répondu à leur appel. Son article 7 est ainsi conçu : « L'action résolutoire établie par l'article 1654 du Code Napoléon, ne peut être exercée après l'extinction du privilége du vendeur, au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur, et qui se sont conformés aux lois pour les conserver. » Le vendeur peut, au surplus, et par une faveur exceptionnelle qui lui est commune avec le copartageant, inscrire utilement le privilége qui lui est conféré par l'article 2108, dans les quarante-cinq jours de l'acte de vente, et nonobstant toute transcription d'actes faite dans ce délai (art. 6).

Désormais donc l'action résolutoire établie par l'article 1654 se conserve comme le privilége du vendeur, ne dure pas plus que lui et s'éteint avec lui, quelle que soit la cause de l'extinction.

Mais la loi du 23 mars ne dispose que pour les tiers qui ont acquis et conservé régulièrement des droits sur l'immeuble, du chef de l'acquéreur. Quant à l'acquéreur lui-même, ses héritiers, ses successeurs universels et ses créanciers simplement chirographaires, ils restent soumis à l'exercice de l'action résolutoire, conformément aux règles ordinaires (1).

Comme cette loi a un caractère exceptionnel, son application doit se restreindre à ses termes précis. Ainsi, elle ne s'applique qu'aux ventes volontaires et aux échanges d'immeubles, et seulement encore aux actions résolutoires qui sont fondées sur le non payement du prix ou de la soulte, pour lesquels existe le privilége de vendeur, dont l'inscription, régulièrement prise, signale en même temps aux tiers l'existence d'une action en résolution (2).

(1) Troplong, *Transcript.*, n° 290.
(2) Idem, *idem*, n° 299.

Elle ne s'applique donc ni aux autres contrats synallagmatiques, quelle que soit la cause de résolution ; ni aux ventes de meubles, la résolution fût-elle fondée sur le défaut de payement du prix ; ni aux ventes ou échanges d'immeubles avec soulte, lorsque la résolution est poursuivie pour toute autre cause, du chef du vendeur, acquéreur ou échangiste.

Ses dispositions ne sont pas faites non plus pour les adjudications et ventes qui ont lieu en justice, et qui sont soumises à l'exercice de la folle enchère, contre l'adjudicataire qui ne paye pas son prix, et n'exécute pas les charges de son adjudication. La voie de la folle enchère reste toujours ouverte, nonobstant l'extinction du privilége de vendeur, et suivant les principes du droit commun, du moment que la loi du 23 mars ne comprend dans ses dispositions que l'action résolutoire établie par l'article 1654.

Elle ne s'applique pas enfin à l'action résolutoire, pour non payement du prix ou de la soulte, qui a été stipulée par une réserve expresse, dans le cas de cessions de droits indivis équivalentes à partage, soit de licitation ou de partage proprement dit. Il n'est alors en effet question ni de l'action résolutoire établie par l'article 1654, puisque la résolution se fonde sur les termes d'une clause expresse, suivant l'article 1184 ; ni du privilége du vendeur, puisqu'il s'agit, au contraire, du privilége de copartageant. On ne rentre ainsi, sous aucun rapport, dans les termes de la nouvelle loi.

Comme elle ne prévoit que la condition résolutoire tacite fondée sur le non payement du prix, elle est étrangère à la résolution qui s'opère de plein droit, en vertu d'une condition résolutoire ordinaire et expressément stipulée. Mais, vainement, le vendeur tenterait d'éluder la loi, en faisant du non payement du prix une condition résolutoire expresse en stipulant, dans les termes les plus rigoureux et les plus absolus, que la vente serait résolue de plein droit et de fait, *ipso jure, ipso facto*, si le prix n'était pas payé(1). Cependant, il peut va-

(1) TROPLONG, *Transcript.*, nos 301 et suiv.

lablement stipuler que la vente ne sera réputée parfaite et la propriété transférée, que si la transcription qui doit être suivie d'une inscription d'office, est régulièrement effectuée.

On peut comprendre maintenant qne la loi du 23 mars n'a pas une aussi grande portée qu'elle semble au premier abord, et qu'elle est loin de mettre les tiers à l'abri de tout péril.

Si l'action résolutoire ne survit point à l'extinction du privilége, le privilége survit, au contraire, parfois, à la perte de l'action résolutoire. L'article 717, C. pr., en offre un exemple.

Cette loi n'étant déclarée exécutoire qu'à partir du 1er janvier 1856 (art. 10), une disposition transitoire était nécessaire. En effet, le privilége du vendeur pouvait être éteint à cette époque ; alors il a pu conserver, vis-à-vis des tiers, l'action résolutoire qui lui appartient en vertu de l'article 1654, en la faisant inscrire dans les six mois, c'est-à-dire avant le 1er juillet 1856 (art. 11). Quant à cette inscription, elle est régie par l'article 2148, auquel la loi renvoie par son seul silence.

Si, au contraire, son privilége ne s'est éteint qu'après le 1er janvier 1856, il a dû veiller à sa conservation, sous peine de voir périr du même conp l'action résolutoire. Il n'a même pu la conserver, en l'inscrivant dans les six mois. Sous ce rapport, sa position peut paraître moins favorable que celle du vendeur, dont le privilége s'est trouvé frappé d'extinction.

67. La résolution pour inexécution du bail principal entraîne celle des sous-locations. *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis.* La nature du bail ne saurait autoriser le maintien en jouissance et possession du sous-locataire (1).

68. Comme nous nous sommes du reste appliqué, dans notre commentaire de l'article 1183, à montrer les effets de la condition résolutoire, nous y renvoyons le lecteur. Les principes généraux s'y trouvant développés, nous nous bornons ici à en faire l'application aux hypothèses suivantes.

(1) Voy. 1165, n° 17.

Nous avons vu (1) que la fiction établie par l'article 883 faisait obstacle à ce que les actes de partage ou autres actes équivalents à partage, ainsi que les licitations, fussent soumis à l'action résolutoire et à la folle enchère. Mais nous avons vu aussi (2) que les parties pouvaient convenir du contraire, par une clause spéciale insérée dans l'acte de partage, ou dans le cahier des charges de la licitation. Nous devons ici combiner les conséquences du droit résolutoire avec les effets déclaratifs du partage; et cette combinaison conduit à des résultats précieux à constater, soit en théorie, soit en pratique.

Supposons donc un partage soumis expressément à la condition résolutoire, pour inexécution réciproque de leurs engagements de la part des copartageants. Il est en conséquence résolu, et, par suite, réputé n'avoir eu aucune existence légale. Les parties sont enfin remises au même et semblable état qu'auparavant, pour retomber dans l'état primitif d'indivision, et dans la nécessité de provoquer un nouveau partage, soit qu'il doive aboutir à une division en nature ou à une licitation de la copropriété. La résolution a dès lors fait complètement disparaître le premier acte de partage, et ne le laisse subsister que comme fondement de l'action en dommages et intérêts, qui est ouverte contre celui ou ceux des copartageants qui n'ont pas satisfait à leurs obligations. Mais cette action est simplement chirographaire de sa nature, et n'a d'autres garanties que celles qui ont été spécialement stipulées.

Que si nous supposons une licitation qui ait été, en vertu d'une clause particulière du cahier des charges, soumise à la folle enchère, nous arrivons à des conséquences identiques. Par exemple, une licitation a lieu pour le prix de quarante-huit mille francs, au profit de l'un des copartageants qui se la divisent par moitié. L'adjudicataire n'acquittant pas les charges, la revente est poursuivie contre lui par la voie de la folle enchère; mais le prix n'est plus que de vingt-six mille

(1) *Suprà*, nos 27 et suiv.
(2) *Suprà*, n° 33.

francs. Quels seront les droits des parties? La folle enchère a fait disparaître la première adjudication, et toutes les conséquences de droit qui s'y rattachent. La licitation est réputée non avenue, comme acte opérant partage. C'est même parce que, dans ce cas, aucun partage n'est censé n'avoir existé, et que dès lors la fiction de l'article 883 manque de base légale, que nous avons admis comme valable et comme n'étant point contraire à la nature du partage, la clause de résolution ou de folle enchère. Le premier acte étant résolu, par l'effet de la condition résolutoire à laquelle il était subordonné, il n'y a de partage ou d'acte équivalent à partage, que dans la revente ou licitation définitive poursuivie par la voie de folle enchère. Elle seule vaut licitation et partage de la chose commune retombée en état d'indivision, du moment que la première adjudication est résolue et censée inexistante.

Il s'ensuit qu'on ne peut désormais rattacher à celle-ci aucune des conséquences légales de la division de la copropriété; qu'ainsi, il n'en résulte plus pour aucun des copartageants ni attribution de lots, ni garantie de partage, ni créance privilégiée à ce titre. Par contre, de ce que la seconde adjudication sur folle enchère équivaut seule à partage, il suit que c'est elle qui détermine le lotissement, et fixe les bases d'après lesquelles doivent être réglées la quotité des droits, la nature, l'étendue et le délai d'inscription du privilége des colicitants. Pour reprendre l'espèce que nous avons posée, nous disons donc que les droits et le privilége du poursuivant seront calculés, non pas sur les quarante-huit mille francs, moutant de la première adjudication résolue par la folle enchère, mais bien sur les vingt-six mille francs produits par la seconde adjudication, qui seule vaut partage; de telle sorte qu'au lieu de vingt-quatre mille francs, il n'a droit qu'à treize mille francs, de même qu'il aurait, comme copropriétaire, profité également d'une augmentation de prix, le cas échéant.

Il lui est dû, il est vrai, une indemnité pour le préjudice qui lui a été causé, et cette indemnité consiste principalement dans la différence entre les parts de prix qui lui sont afférentes dans

les deux adjudications. Mais elle ne participe point de la nature privilégiée des sommes attribuées, à titre de lot, dans le partage d'une copropriété; et bien que ce soit un colicitant qui la doive à son cousort, il la doit seulement comme fol enchérisseur, et non comme copartageant. Pour être débiteur en une qualité particulière, il n'en subit cependant aucune modification, aucune altération quant aux droits qu'il fonde, en une autre qualité, sur les effets essentiels des partages et licitations. L'indemnité dont il est tenu n'est donc point protégée par le privilége de copartageant; elle ne constitue qu'une dette personnelle et chirographaire, en dehors de la copropriété et du prix qui la représente (1).

Nous devons déduire de ce qui précède cette observation pratique : c'est que le copartageant qui est en droit d'invoquer une clause de résolution ou de folle enchère, n'a véritablement intérêt à s'en prévaloir que dans le cas où la résolution ou la revente sur folle enchère doit lui procurer, par une division en nature ou par un prix de licitation, l'équivalent au moins de ce qui constitue le lot qui lui a été attribué dans le partage ou l'acte en tenant lieu. Dans le cas contraire, et à moins qu'il n'ait d'ailleurs toutes garanties pour ses dommages et intérêts légitimes, il fera prudemment de s'en tenir à l'acte, et d'exercer son action en payement avec privilége de copartageant sur le tout, plutôt que de poursuivre une résolution ou une folle enchère dont les résultats offrent souvent de dangereuses éventualités. C'est à lui de prendre conseil de son intérêt, et il n'aura de reproches à faire qu'à lui-même, s'il a fait une imprudente option.

69. Lorsqu'il s'agit d'une condition résolutoire expresse, et que cette condition est accomplie, chacune des parties peut agir contre l'autre, en exécution des obligations éventuelles nées de la résolution du contrat, par la voie d'exécution parée, si le contrat est revêtu de la formule exécutoire. Ces obligations réciproques résultant de la résolution même, naissent en effet

(1) Rouen, 30 déc. 1850. SIREY, 51, 2, 401.

du contrat, et les parties, ont, pour les faire exécuter, les actions qui naissent de ce même contrat. Ainsi, elles pourront, si l'acte emporte exécution parée, procéder l'une envers l'autre par voie de commandement et d'exécution, sauf opposition de la part de celle qui est poursuivie. Ce mode de poursuite n'est pas indifférent sous les divers rapports de la rigueur, de la célérité, et de l'interruption de la prescription, au moyen d'un commandement.

Il en est de même lorsqu'il s'agit de la condition résolutoire pour défaut de payement, pourvu que les parties aient stipulé qu'elle opérerait de plein droit, sans intervention du juge.

Mais s'il fallait un jugement, elles ne pourraient agir par voie d'exécution parée, qu'en vertu du jugement qui prononce la résolution; et si elles l'avaient amiablement consentie par un acte quelconque, elles ne pourraient prendre cette voie, que tout autant que l'acte serait revêtu de la formule exécutoire.

70. S'il est incontestable que le créancier peut reprendre la chose qu'il a aliénée, entre les mains des tiers détenteurs, par suite de la résolution, on demande toutefois s'il peut diriger immédiatement son action résolutoire contre ces tiers détenteurs, sans être tenu de mettre en cause l'acquéreur primitif, son obligé personnel.

Nous devons d'abord repousser une opinion extrême; c'est celle qui lui accorde ce droit de poursuite contre les tiers détenteurs, en l'absence de toute action intentée contre le premier acquéreur, et même de tout appel en cause et en déclaration de jugement commun. De quel droit, en effet, pourrait-il ainsi poursuivre les tiers détenteurs? Ce ne saurait être qu'en vertu d'un droit de propriété. Car il n'existe entre eux et lui aucun lien d'engagement personnel qui les oblige, à ce titre, de lui restituer la chose. Agissant comme propriétaire, il doit établir son droit de propriété sur lequel se fonde son action. Or, il ne peut invoquer aucun droit de propriété contre les tiers détenteurs, tant qu'il n'a pas fait résoudre le premier contrat qui l'en a dessaisi, au profit des tiers détenteurs eux-

mêmes, lesquels sont aux droits de leur auteur qui a contracté avec celui qui agit maintenant en revendication contre eux. Telle serait en effet la conséquence de ce premier contrat non résolu, que le demandeur n'obtiendrait la restitution de la chose, que pour la remettre à ceux-là mêmes qu'il aurait poursuivis. Car, s'ils commencent par restituer comme tiers détenteurs, le contrat n'étant pas encore résolu, ils peuvent l'invoquer, comme étant aux droits de l'acquéreur primitif, leur auteur, pour se faire restituer la chose. Il faut donc faire préalablement prononcer la résolution de ce contrat, puisque, à défaut de cette résolution, il continue de subsister, et exclut toute revendication de la part de celui qui a aliéné.

Mais s'il ne peut revendiquer qu'après la résolution du contrat prononcée, peut-il, au moins, la faire prononcer contradictoirement avec les tiers détenteurs seuls? Nous ne le pensons pas. Ils n'ont en effet contracté personnellement aucune obligation envers le demandeur. Ils sont, il est vrai, les ayants-cause de l'acquéreur primitif; mais ils n'ont cette qualité qu'en ce qui concerne la prestation des obligations, auxquelles la chose qu'ils possèdent est spécialement affectée. Ils n'en sont pas les ayants-cause par rapport au lien personnel de l'obligation, où ils n'ont pas été parties, ni représentés. Ce n'est donc pas avec eux que la résolution du contrat peut être prononcée. Elle ne peut l'être que contre l'acquéreur primitif, et contradictoirement avec lui. A ces raisons de droit rigoureux, on peut ajouter des considérations tirées de ce que celui-ci est mieux en mesure de se défendre contre l'assertion d'un non payement. Mais ces considérations n'ont pas une valeur rigoureusement légale, puisqu'elles dépendent des circonstances (1).

Quand nous exigeons une résolution du contrat prononcée avec la partie contractante, préalablement à l'exercice de la revendication contre les tiers détenteurs, nous supposons que

(1) TROPLONG, *Vente*, n° 634. — ZACHARIÆ, T. 1, pag. 404, et T. 2, pag. 536, nte 20.

la condition résolutoire est telle qu'elle doit être poursuivie en justice, qu'elle n'opère pas de plein droit, sans le ministère du juge. Si, en effet, la condition avait été stipulée de telle manière qu'elle dût opérer de plein droit, comme une condition résolutoire expresse proprement dite, et qu'il ne fût pas nécessaire de la faire reconnaître par jugement, il est évident que, dans ce cas, il n'y a pas à poursuivre de résolution préalable du contrat contre l'acquéreur primitif. Cette résolution étant acquise de droit, le contrat étant censé ne plus exister, la revendication peut s'exercer directement contre les tiers détenteurs. C'est qu'alors la condition reposant sur un évènement prévu, les juges saisis de l'action peuvent, à l'aide des éléments et de la clause du contrat, juger la question de fait en l'absence du contractant, sauf à eux à ordonner sa mise en cause, suivant les nécessités des circonstances (1).

La résolution n'a pas non plus besoin d'être préalablement prononcée contradictoirement avec celui qui s'est personnellement obligé dans le contrat primitif, lorsque les tiers détenteurs se sont eux-mêmes obligés personnellement à payer celui qui a primitivement aliéné la chose. En poursuivant directement contre eux la résolution du contrat, celui-ci ne fait que réclamer l'exécution d'un engagement personnel qui les met aux lieu et place de leur auteur (2).

Mais il faut se garder de toute exagération, et, sous prétexte de la rigueur du droit, ne pas susciter de puériles difficultés de procédure. Ainsi, il suffit que le demandeur assigne en même temps, par le même acte, le contractant en résolution et les tiers détenteurs en délaissement. La procédure est plus économique et tout aussi régulière. Le procès, qui est unique, aboutit à un jugement commun entre toutes parties. Par un premier chef de disposition, les juges prononcent la résolution du contrat, et, par un second chef, ils prononcent, en conséquence, la restitution de la chose. Les droits des tiers

(1) DURANTON, T. 11, n° 95.
(2) TROPLONG, *ibid.* — DUVERGIER, *Vente*, T. 1, n° 466.

détenteurs sont par là ménagés; d'abord, parce que l'instance commune les met à même de surveiller et de déjouer la fraude; puis, parce que, en définitive, la revendication ne s'exerce contre eux qu'en conséquence de la résolution du contrat, bien que tout se résume dans un seul et même jugement (1).

Le demandeur pourrait de même, tout aussi régulièrement, après avoir assigné en résolution, appeler dans l'instance les tiers détenteurs, pour voir prononcer contre eux, les instances étant jointes et le contrat déclaré résolu, condamnation au délaissement de la chose.

Nous croyons même que le demandeur peut, sans craindre de fin de non recevoir, assigner d'abord les tiers en délaissement, puis le contractant primitif en résolution. Il eût été sans doute plus régulier, et plus conforme à la pureté des principes, de changer l'ordre des actions. Car, de la manière dont elles sont successivement intentées, le demandeur fait passer la conséquence, qui est la revendication, avant le principe, qui est la résolution du contrat. Cependant, cette irrégularité nous semble indifférente, parce que toutes parties sont en présence, que les instances peuvent être jointes, et que le jugement qui condamnera les tiers au délaissement aura commencé par prononcer la résolution du contrat. Les droits de tous sont ainsi ménagés par leur mise en présence, par la jonction des instances, par la communauté du jugement et la distribution logique de ses dispositions.

Si le demandeur en revendication contre les tiers détenteurs négligeait de mettre en cause l'acquéreur originaire, pour faire prononcer la résolution contre lui, les défendeurs pourraient sans doute exiger que, pour la régularité de l'instance, il l'appelât en cause. Mais ce n'est pas à eux à se forclore eux-mêmes d'une exception de non recevabilité, qu'ils peuvent faire valoir contre l'action. Aussi, arrive-t-il le plus souvent que c'est le demandeur lui-même qui, au jour du dé-

(1) DUVERGIER, *ibid.* — DURANTON, T. 8, n° 543; T. 11, n° 95; T. 16, n° 361.

bat, soit spontanément, soit sur l'indication des juges, soit sur l'exception proposée par son adversaire, s'empresse de solliciter un délai pour mettre en cause et assigner en résolution l'acquéreur primitif. La procédure est dès lors aussi parfaitement régularisée que s'il avait assigné dès le principe, par le même acte, tel en résolution du contrat, et tel en délaissement de la chose.

71. Lorsque la résolution a été prononcée par jugement rendu entre le stipulant et son débiteur immédiat, les créanciers hypothécaires de celui-ci ne peuvent sans doute, en tant qu'ayants-cause, exerçant les droits de leur auteur, former tierce opposition à ce jugement. Pour être recevable à prendre cette voie, il faut en effet, tout à la fois, que le tiers opposant n'ait été ni appelé, ni représenté dans l'instance, et que le jugement préjudicie aux droits particuliers qu'il avait à faire valoir. Or les créanciers hypothécaires n'ont sur la chose d'autres droits que ceux qu'y avait leur débiteur; et ces droits, étant conditionnels, s'évanouissent par la résolution, dans la poursuite de laquelle ils ont été représentés par leur débiteur. Autrement, il y aurait, au grand détriment de la justice, la même question sans cesse à rejuger (1).

Mais la tierce opposition serait recevable et fondée de leur part, dans le cas où la résolution aurait été déclarée sans cause légitime, par fraude et collusion, et dans celui où le tiers opposant ferait valoir un droit particulier, pour l'exercice duquel il n'a pas été représenté dans l'instance en résolution; par exemple, lorsque c'est un créancier hypothécaire qui prétend que son hypothèque, nonobstant la résolution, grève encore le meuble devenu immeuble par destination (2); ou lorsque c'est un covendeur, un sous-acquéreur, un subrogé ou cessionnaire partiel, un cohéritier qui, pour la conservation de sa propriété ou de son privilége, entend faire rapporter

(1) Cass., 3 fév. 1836. Sirey, 36, 1, 661. — 10 mars 1836. Sirey, 36, 1, 167.

(2) Cass., 9 déc. 1835. Sirey, 36, 1, 177.

une résolution totale où il n'a pas été partie. Il se prévaut alors d'un droit personnel.

72. Au lieu d'un jugement, nous pouvons supposer une convention amiable entre le vendeur et l'acquéreur, par laquelle la résolution est reconnue. On ne saurait, en effet, astreindre le créancier et son débiteur, à la nécessité d'avoir un procès sur une question qu'ils sont disposés l'un et l'autre à décider amiablement et sans recourir à la justice (1). Les créanciers hypothécaires ne peuvent donc repousser cette action, en prétendant que la convention qui déclare le contrat résolu est, quant à eux, *res inter alios acta quæ tertio non nocet.* L'action du vendeur en revendication sera bien venue, sauf aux défendeurs à attaquer la résolution conventionnelle qu'on leur oppose, conformément à l'article 1167, comme faite en fraude de leurs droits, et comme dissimulant les effets d'une volonté sans motifs, sous les apparences d'une résolution motivée. Alors seulement, la prétendue résolution constitue une revente ou rétrocession volontaire, puisqu'elle est sans cause nécessaire et légitime qui se rattache au principe même du contrat.

73. Si un acquéreur, en vendant à un autre, avait stipulé que celui-ci payerait le prix dû au vendeur primitif, et que ce dernier, par une transaction amiable, eût traité de la résolution avec lui, le premier acquéreur, sous prétexte qu'il a intérêt à ce que la résolution n'ait pas lieu, ne pourrait faire considérer cette résolution comme non avenue à son égard, par la raison qu'il n'y aurait pas été partie. En effet, en mettant son sous-acquéreur à ses obligations personnelles, il autorisait son vendeur à le poursuivre en résolution, sans avoir besoin de l'appeler. Il en faisait, pour le payement de ses obligations, son mandataire et son représentant. Il est donc censé avoir traité par lui de la résolution, comme il serait censé avoir été

(1) TROPLONG, *Vente*, n° 691. — Cass., 10 mars 1836. SIREY, 36, 1, 167. — Bourges, 12 fév. 1853. SIREY, 53, 2, 441.

condamné sous son nom, si la résolution avait été prononcée en justice. Mais, si le vendeur intermédiaire n'avait pas chargé son acquéreur de payer le vendeur primitif, il ne serait pas représenté par lui (1).

Il ne faut point du reste exagérer cette idée de mandat ; car elle a uniquement son principe dans la délégation du sous-acquéreur qui est chargé de payer. Aussi, le vendeur délégataire ayant accepté la délégation faite à son profit, ne fait-il, à ce titre, qu'exercer les droits qui lui ont été cédés ; et il ne peut les exercer que dans la mesure de la délégation, et seulement par rapport aux choses qui ont été transmises au sous-acquéreur délégué.

74. Au surplus, dans tous les cas ci-dessus, les créanciers hypothécaires et autres intéressés dont la tierce opposition n'est pas recevable, ne peuvent plus désintéresser le stipulant non payé. Ils ne le feraient, en effet, qu'au nom et à la place de leur auteur, obligé envers eux (1166) ; or, celui-ci ne le peut plus lui-même, puisqu'il a été condamné ou a adhéré volontairement à la résolution du contrat. C'était seulement avant la résolution qu'ils devaient et pouvaient payer.

75. Lorsque l'action en résolution s'applique à une chose divisible, elle est elle-même divisible, tant du côté du créancier que du débiteur. Ainsi, lorsqu'en cas de vente, par exemple, plusieurs personnes sont aux droits du vendeur, ce qui arrive lorsqu'il laisse plusieurs héritiers ; qu'il a transmis à plusieurs ses droits par cession, délégation ou donation ; qu'il y a plusieurs subrogés en concours entre eux ou avec lui-même, lorsque enfin les droits sont divisés entre plusieurs personnes, chacun des héritiers, des donataires, des cessionnaires, des subrogés, chaque créancier pour partie, en un mot, ne peut poursuivre la résolution que pour sa part et portion, sans qu'il puisse, contre la volonté du débiteur, la poursuivre pour le tout. On voit que nous argumentons des dispositions de l'art. 1669.

(1) Troplong, *Vente*, n° 633. — Cass., 12 mars 1829. Sirey, 29, 1, 213.

Mais il convient d'apporter un tempérament. L'acquéreur ou son ayant-cause, poursuivi en résolution pour partie seulement, peut demander, pourvu qu'il possède encore la totalité de la chose, ou qu'il soit, dans tous les cas, en état de la rendre, que tous les ayants-droit soient mis en cause pour se concilier entre eux pour la reprise de la chose entière. Et ici nous argumentons de l'article 1670. Il est vrai que dans l'espèce prévue par cet article, il s'agit de l'exercice d'un réméré. et que l'acquéreur n'est pas en faute, tandis que, dans le cas de résolution pour inexécution, il a commis une faute, une négligence qui semble le rendre indigne de la bienveillance de la loi. Cependant, les dispositions de l'article 1670 sont moins des dispositions de faveur que de justice commune. Aussi, l'article 1685 le déclare-t-il également applicable à l'action en rescision pour lésion, où cependant la position du vendeur est la plus favorable. L'acquéreur n'a pas voulu, en effet, avoir seulement une partie de la chose; il a voulu avoir tout ou n'avoir rien. Il y aurait donc non seulement une sévérité excessive, mais encore violation de la convention elle-même, à le forcer de garder une partie qui peut-être perd pour lui toute sa valeur. D'ailleurs les juges, en le condamnant à des dommages et intérêts, prendront en considération, pour calculer l'indemnité qui peut être due au poursuivant, la résolution totale telle qu'il l'aura demandée et obtenue contre lui-même (1).

76. Qu'arrivera-t-il si ceux qui sont aux droits du créancier ne se concilient pas pour la reprise de la chose entière, soit parce que quelques-uns sont désintéressés, soit parce qu'ils ne veulent point de la résolution par un motif ou par un autre? Ceux qui n'ont qu'une fraction de droits, seront-ils ainsi réduits à l'impuissance d'agir?

Ce que la loi entend par conciliation pour la reprise de toute la chose, ne signifie pas la réunion, la coalition amiable des divers créanciers partiels, mais bien la réunion de tous les droits

(1) TROPLONG, *Vente*, nos 576 et 639. — Cass., 6 mai 1829. DALLOZ, 29, 1, 248.

fractionnés, soit dans les mains de tous agissant d'un commun accord, soit dans les mains de quelques-uns, ou même d'un seul agissant pour tous. Ce que la loi veut, c'est assurer la reprise de toute la chose; or, elle y arrive aussi bien par la coalition des droits que par la coalition des personnes. Car il n'y a pas moins conciliation pour la reprise de la chose entière. Il importe donc peu comment on arrive à cette conciliation; que ce soit par l'effet d'un accord amiable entre tous, ou de la volonté de quelques-uns ou d'un seul qui, au refus des autres, se charge de poursuivre la résolution pour le tout, et d'en subir personnellement, pour le tout, toutes les conséquences, notamment sous le rapport des restitutions réciproques; l'action est bien venue, et le défendeur n'a aucune objection à élever. S'il doit être renvoyé de la demande, c'est uniquement dans le cas où le demandeur, soit les demandeurs ne voudraient pas prendre sur eux de poursuivre la résolution pour le total.

S'il fallait, en effet, que tous les ayants-droit fissent cause commune, s'entendissent pour agir et agissent ensemble, sous peine de la non recevabilité de l'action, l'exercice du droit des uns serait paralysé par la résistance, la mauvaise volonté, le défaut d'intérêt des autres. A coup sûr, la loi n'a pas voulu d'un résultat aussi inique. Elle n'a pas reconnu un droit pour en subordonner ainsi l'exercice. Il suffira donc, pour que l'action soit recevable, que quelques-uns ou même un seul se charge de l'action totale, poursuive une résolution totale, au refus des autres, malgré leur négligence, ou même leur opposition (1).

Il est néanmoins certains cas, où ce mode de conciliation est impossible; c'est lorsque les restitutions réciproques qui sont la conséquence de la résolution prononcée, ne peuvent être acquittées par un seul, à la place des autres qui ne veulent point se concilier pour l'exercice de l'action. Tel est le cas où des héritiers de l'acquéreur, après éviction partielle, ou

(1) DUMOULIN, *Div. et indiv.*, P. 3, n°s 564 et 584. — POTHIER, *Vente*, n° 396. — DURANTON, T. 16, n° 416. — TROPLONG, *Vente*, n°s 749 et 750.

de l'échangiste, après éviction semblable, les uns veulent et les autres ne veulent pas poursuivre la résolution (1636, 1705). La partie poursuivie peut, en effet, d'une part, exiger la résolution pour la totalité, et, d'autre part, ceux qui la poursuivent dans les limites de leurs droits divisés, ne peuvent prendre sur eux d'intenter l'action pour le tout, parce qu'alors ils ne peuvent restituer les parts, sur lesquelles des droits de propriété sont acquis à ceux de leurs consorts qui ne veulent point faire résoudre. La résistance de ceux-ci paralyse l'exercice des droits des autres, et les oblige à se contenter de l'action pour éviction. Ce résultat peut paraître rigoureux et même injuste. Cependant, il faut remarquer que la résistance de quelques-uns, fussent-ils même en minorité, à poursuivre la résolution, établit au moins un doute sur le point de fait qui seul peut autoriser l'action, à savoir que l'acquéreur ou échangiste n'aurait point acquis ou échangé sans la portion dont ses héritiers ont été évincés. L'action en résolution, à ce point de vue, peut être considérée au fond comme mal fondée.

77. Si tous ont agi ensemble, ils deviennent, par suite de la résolution, copropriétaires de la chose, dans la proportion de leurs droits respectifs. C'est là une conséquence de la rétroactivité.

Si quelques-uns seulement ont agi pour tous, à défaut de conciliation, ils deviennent copropriétaires aussi en état d'indivision; et leurs droits de copropriété sont d'abord en proportion de leurs droits personnels, et ensuite en proportion égale pour les droits qu'ils ont exercés du chef de ceux qui ne se sont pas conciliés. Ainsi, soit Primus aux droits du vendeur pour mille francs, Secundus, pour deux mille francs, et les autres qui n'ont point agi, pour six mille francs : Primus a, de son chef, un neuvième; Secundus, de son chef, deux neuvièmes, et l'un et l'autre, du chef des autres, trois neuvièmes. Du moment, en effet, que leurs droits personnels ne les autorisent pas à poursuivre une résolution totale, et qu'ils sont obligés de s'appuyer sur les droits de leurs consorts non conciliés, ils

sont censés les emprunter également par moitié, et non dans la proportion des droits qui leur appartenaient déjà de leur chef personnel. C'est comme s'ils en étaient conjointement cessionnaires, et sans détermination de part. Cet emprunt par portions égales ne sert pas à régler seulement leur état d'indivision entre eux, mais encore le recours auquel ils sont soumis de la part de l'acquéreur, à qui des restitutions peuvent être dues.

78. Tout ce que nous venons de dire de la divisibilité et de l'indivisibilité de l'action en résolution, et de ses conséquences, quand elle a été prononcée, s'applique au cas où plusieurs ont vendu conjointement, et par un seul contrat, un héritage commun entre eux (1668).

Mais si la vente n'avait pas eu lieu conjointement et de toute la chose ensemble, et que chacun n'eût vendu que la part qu'il y avait, les vendeurs pourraient exercer séparément l'action en résolution, sur les portions qui leur appartenaient, et l'acquéreur ne pourrait forcer celui qui l'exerce de cette manière à retirer le tout (1671). Ce sont en effet autant de ventes distinctes et séparées.

Du rapprochement des articles 1668 et 1671, il résulte que, pour qu'il y ait vente conjointe, il faut 1° unité de contrat, 2° unité de prix, 3° chose commune vendue ensemble. S'il y avait, au contraire, soit deux contrats distincts, soit deux prix séparés, soit indication de parts, il y aurait alors autant de ventes que de portions (1).

79. De tous les modes de conciliation entre les vendeurs conjoints, leurs héritiers ou ayants-cause (si l'on suppose une vente), le mode le plus simple et le plus naturel est de désintéresser ceux qui sont encore créanciers de l'acquéreur. Une fois désintéressés, il n'y a ni à demander leur avis, ni à craindre d'opposition de leur part, à une résolution qui ne les touche plus.

(1) TROPLONG, *Vente*, n° 755. — DURANTON, T. 16, n° 417.

Mais peuvent-ils exiger de leurs consorts qui veulent faire résoudre, et ne peuvent faire résoudre que pour la totalité, qu'ils soient, au préalable, désintéressés, sous peine de non recevabilité de leur action? Nous ne le pensons pas. Si la prudence et l'intérêt bien entendu des demandeurs en résolution le leur conseillent, la loi ne l'exige point. En effet, la résolution n'est poursuivie pour le tout que parce que le défendeur l'exige; et il l'exige, parce qu'il n'a acheté que dans l'intention d'avoir tout ou de n'avoir rien; la résolution totale est demandée, en un mot, à raison de l'indivisibilité contractuelle de la chose. Les demandeurs n'exercent donc pas les droits de leurs consorts non conciliés, ou du moins, s'ils les exercent, ce n'est pas en vertu d'une subrogation quelconque. Ils n'ont donc aucun payement préalable à faire. Le contrat et son caractère contractuellement indivisible, du moment que le défendeur s'en prévaut, suffisent pour autoriser leur action en résolution totale, sans qu'ils puissent être forcés de désintéresser au préalable leurs consorts. Qu'au lieu d'une vente, on suppose un bail; les demandeurs en résolution n'auront certainement pas à payer préalablement aux autres leurs parts dans les annuités des fermages, pour être autorisés, le preneur l'exigeant, à poursuivre la résolution pour le tout. Il suffira qu'ils les payent aux échéances, comme aurait fait le preneur.

Mais il faut remarquer que la résolution totale emportant extinction du privilége de vendeur, si l'on suppose une vente, et les sûretés données par le contrat se trouvant ainsi diminuées par l'inexécution des engagements du débiteur, c'est-à-dire par son fait, celui-ci est déchu du bénéfice du terme et peut être poursuivi, immédiatement après la résolution (1188), en payement du prix, ainsi que celui ou ceux qui ont fait résoudre seuls le contrat, et se sont par cela même engagés à acquitter toutes les charges de la chose.

80. Mais, après la résolution prononcée sur la poursuite de quelques-uns ou même d'un seul, quels seront les droits des

vendeurs conjoints, des cohéritiers, des cessionnaires et délégataires légalement saisis, des subrogés qui se sont fait connaître, des créanciers opposants saisis par jugement qui leur attribue les sommes arrêtées, et enfin du vendeur lui-même, qui n'auraient pas concouru à l'action en résolution prononcée, sans eux ou malgré eux, pour la chose entière? Le débiteur contre lequel cette résolution a été prononcée n'est point déchargé à leur égard. Il a contracté envers eux des obligations personnelles dont il demeure encore tenu, nonobstant la résolution qu'il a d'ailleurs dépendu de lui, l'action étant divisible en principe, d'accepter pour les parts des poursuivants, au lieu de l'exiger pour le tout.

En vain prétendrait-on que, cessant d'être propriétaire, il cesse en même temps d'être obligé; qu'il doit enfin être remis au même état que si la convention n'avait pas existé. Cet effet ordinaire de la résolution ne peut avoir lieu, dans ce cas, parce que le débiteur est personnellement en faute, et que la faute dont il est responsable ne peut l'autoriser à se dégager lui-même de ses engagements, contre la volonté et sans le consentement de ses créanciers, en provoquant, par l'effet de sa volonté pure, une résolution totale, quand, de droit, elle devait être seulement partielle. La résolution est ainsi purement volontaire de sa part, pour tout ce qui excède les droits des demandeurs. Or la résolution volontaire, c'est-à-dire celle qui n'existe que parce que le débiteur la réclame ou y consent, n'a pas pour effet de le dégager de ses obligations. Voilà pourquoi l'acquéreur est encore tenu de payer les parts de prix correspondantes aux droits de ceux qui ne se sont pas conciliés pour l'exercice de l'action résolutoire, alors qu'il cesse d'être tenu envers ceux qui ont poursuivi la résolution. Telle est, suivant nous, la combinaison que l'on doit faire des principes de la résolution non volontaire et de la résolution volontaire, pour ménager et concilier les intérêts comme les droits de tous.

Seulement, il aura contre ceux qui ont obtenu la résolution, un recours pour tout ce qu'il aura déjà payé auparavant,

ou aura été obligé de payer après, à ceux qui ne se seront pas conciliés. Car la résolution n'a pu être poursuivie qu'à la charge de l'indemniser, et d'opérer entre ses mains toutes restitutions de droit, sans préjudice, toutefois, des dommages et intérêts auxquels il peut être condamné pour inexécution de ses engagements.

81. Quant à ceux qui ne se sont point conciliés, quels droits ont-ils à faire valoir, après la résolution totale, contre ceux qui l'ont poursuivie et obtenue? Il peut se présenter diverses hypothèses.

Lors de l'action en résolution, ceux qui l'ont exercée ont pu, aussi bien que le défendeur, sommer les autres qui n'y concouraient pas, de s'expliquer sur l'attitude qu'ils entendaient prendre. Ils ont pu obtenir ces explications, soit extrajudiciairement, soit judiciairement, en les appelant en cause. L'intérêt que le demandeur ou le défendeur a de les obtenir, répond lui-même de l'empressement avec lequel elles seront le plus souvent sollicitées par l'un ou par l'autre. Or les créanciers qui ne veulent point se concilier pour l'exercice de l'action en résolution, ont-ils, dans leurs explications, déclaré ne pas vouloir résoudre, ni quant à présent, ni plus tard, et s'en tenir, au contraire, à l'action en payement; ont-ils enfin, d'une manière absolue, déclaré renoncer à l'action en résolution; ils n'ont plus qu'une action en payement, contre celui ou ceux qui ont fait résoudre, et qui se sont ainsi chargés de les désintéresser, outre celle qu'ils conservent contre le défendeur à la résolution, ainsi que nous venons de le dire.

Mais cette action en payement cesse d'être privilégiée, parce que la résolution prononcée fait qu'il n'y a plus de vente ni d'acquéreur, puisque ce dernier cesse d'être propriétaire, et qu'on ne peut considérer les demandeurs en résolution comme rentrant dans la chose, par l'effet d'une revente volontaire consentie par l'acquéreur contre lequel la résolution a été obtenue. Cette assimilation n'est pas possible, car la résolution totale, portée au-delà même de la part des de-

mandeurs, en conséquence de l'indivisibilité contractuelle, n'en efface pas moins la vente vis-à-vis de l'acquéreur, et, par suite, fait tomber le privilége, quoique l'action en payement subsiste contre lui (1).

Il peut paraître dur que ceux qui n'ont point concouru à l'action en résolution perdent ainsi leur privilége de vendeurs. Mais l'extinction de ce privilége n'est que la conséquence rigoureuse et légale du droit des demandeurs de poursuivre la résolution pour le tout, et de cette même résolution une fois prononcée. L'exercice de l'action en résolution est, en effet, d'une part, un droit qui leur appartient évidemment; car le vendeur, en cédant une partie du prix, ne se l'est pas plus interdit envers ses cessionnaires, ses délégataires, ses subrogés, que ceux-ci à son égard, que les cocessionnaires, que les cosubrogés, que les cohéritiers ou covendeurs conjoints ne se le sont interdit entre eux, à moins de convention expresse du contraire. D'autre part, la résolution prononcée effaçant rétroactivement la vente, et l'effaçant pour la totalité d'une manière indivisible, il est impossible de maintenir un privilége sur un immeuble qui est réputé n'avoir jamais été aliéné.

Du reste, ceux qui souffrent ainsi de la résolution n'avaient qu'à désintéresser les poursuivants, et à consolider dans leurs mains, par le moyen de ce remboursement, l'action en payement à laquelle ils déclaraient s'en tenir.

82. Si les parties non conciliées ont, au contraire, déclaré se réserver tous leurs droits, sans renoncer à l'action en résolution, ou si la résolution a été poursuivie pour le tout, sans qu'elles aient été sommées de s'expliquer ni appelées en cause, outre les actions dont nous venons de parler, elles ont encore l'action en résolution, à défaut de payement, contre celui ou ceux qui ont déjà fait résoudre. L'exercice d'une action à laquelle elles n'ont pas concouru, et qui même a pu être poursuivie contre leur volonté et malgré leur opposition, ne saurait, en effet, leur préjudicier dans ce cas. Etant fon-

(1) Quant aux subrogés, voy. 1152, n° 14.

dées elles-mêmes à demander la résolution contre leur débiteur, elles peuvent réclamer la chose contre tout tiers détenteur; et, si le contrat a été déjà résolu pour le tout, sans elles et en leur absence, le bénéfice de cette résolution totale ne saurait profiter à ceux qui l'ont poursuivie et obtenue, que sous la condition de désintéresser ceux qui avaient un droit égal à la demander, en leur qualité de créanciers. Elles pourront donc, à défaut de payement, poursuivre elles-mêmes la résolution, non plus contre l'acquéreur évincé, mais contre ceux qui, précédemment, ont fait résoudre contre lui. Pour mieux dire même, elles n'auront, en établissant qu'elles ne sont point désintéressées, qu'à exercer contre eux une action en revendication de leurs parts; car il ne s'agit réellement pour elles que de participer au bénéfice de la résolution déjà prononcée, et de s'en faire rendre compte. Si donc nous parlons de résolution, c'est que leur action en produit les mêmes effets, notamment sous le rapport des restitutions respectives à faire.

Il est évident qu'elles ne pourront agir que dans la proportion de leurs droits personnels, et sans que les défendeurs actuels puissent, à leur tour, exiger une reprise totale de la chose. Car la résolution pour le tout n'a été demandée et prononcée que dans l'intérêt et sur les conclusions formelles du débiteur; et ceux qui l'ont fait prononcer, maintenant défendeurs, ayant des droits partiels dans la propriété de la chose, ne sont point personnellement dans le cas d'exiger, ou de subir malgré eux, une résolution totale. L'exercice de cette action, on le comprend sans peine, a pour résultat de remettre les parties dans un état d'indivision, comme si, dès le principe, elles s'étaient toutes conciliées pour agir.

Il faut remarquer cependant que, si ceux qui ne se sont pas coalisés, ne demandaient pas tous la résolution, contre celui ou ceux qui ont été les premiers à la demander et à l'obtenir directement contre le débiteur, les droits des parties qui n'auraient point poursuivi la résolution, accroîtraient exclusivement à ceux-ci, et non aux derniers poursuivants, qui n'agissent que dans la mesure de leurs droits personnels. Ainsi,

Primus, Secundus et Tertius ont chacun un tiers. Primus, au refus ou en l'absence des deux autres, obtient la résolution pour le tout; Secundus, non payé, poursuit, plus tard, la résolution contre Primus; il n'aura que son tiers, et le tiers de Tertius accroît à Primus tout seul. C'est que lui seul l'a emprunté pour obtenir une résolution totale, sauf les droits de Tertius.

83. Si, lors de la poursuite en résolution, une saisie avait été commencée par l'un des héritiers, cessionnaires, subrogés, covendeurs, elle tomberait devant la résolution prononcée pour le tout, sur la poursuite d'un seul ou de quelques-uns des créanciers. Les parties intéressées à faire maintenir leur saisie n'avaient qu'à désintéresser les demandeurs en résolution. On dirait vainement que ces derniers, placés en concours avec d'autres, sont par là tacitement obligés de ne rien faire qui puisse contrarier les droits de leurs consorts; que, par exemple, un vendeur qui a cédé ou délégué la moitié du prix ne peut, par une action qui aboutirait à la résolution totale, entraver la saisie pratiquée par son cessionnaire. Nonobstant la cession, à moins de clause contraire, nonobstant le concours de droits semblables et égaux, il s'est en effet réservé un droit plein et entier, dont l'exercice ne saurait être paralysé dans ses mains. Aussi, a-t-il été décidé, sous l'ancien Code de procédure (1), que l'adjudication prononcée sur les poursuites en expropriation intentées par un cessionnaire, s'évanouissait devant la résolution obtenue, plus tard, par le vendeur cédant. Sous les nouveaux principes, il est vrai, l'adjudication, à défaut de notification en temps utile de l'action résolutoire, doit être maintenue; mais les dispositions de l'article 717, C. pr., sont exclusivement dans l'intérêt de l'adjudicataire, et les principes consacrés par la Cour de cassation ont conservé tout leur empire; c'est-à-dire qu'aujourd'hui, comme autrefois, la résolution fait tomber l'adjudication, pourvu que l'action résolutoire ait été notifiée en temps utile, et la saisie, à plus forte

(1) Cass., 30 juill., 1834. Sirey, 35, 1, 311.

raison, sans qu'il soit besoin de notification, puisqu'il n'y a pas alors à protéger les droits d'un adjudicataire.

84. Nous avons dit que l'action en résolution, lorsqu'elle s'appliquait à une chose divisible, était également divisible du côté des défendeurs. Si donc, par exemple, il y a plusieurs acheteurs conjoints, ou si l'acheteur a laissé plusieurs héritiers, l'action en résolution ne pourra être intentée contre chacun d'eux, que pour sa part et portion virile, sans que la partie assignée puisse exiger un retrait total, aussi bien dans le cas où la chose est encore indivise, que dans celui où elle a été partagée entre eux (1672). Le vendeur peut, en conséquence, poursuivre les uns et ne pas poursuivre les autres. En effet, y a-t-il partage, leurs intérêts sont distincts (1); n'y a-t-il pas partage, il leur importe peu que la chose soit, par l'effet de la résolution, indivise entre eux et leur vendeur, au lieu de leur consort. Ils ne peuvent enfin prétendre qu'ils ont entendu avoir toute la chose ou n'avoir rien.

Ce n'est pas cependant que le créancier ne puisse obtenir une résolution totale, alors même qu'il s'agit d'une chose divisible, lorsqu'il est démontré que son intention était, en vendant, s'il s'agit d'une vente, que le contrat fût exécuté pour le tout, sous peine de résolution totale. Ce tempérament, nous devons le reconnaître en sa faveur, comme nous l'avons reconnu en faveur du débiteur poursuivi partiellement par l'un des créanciers. Les raisons de droit et d'équité sont ici les mêmes. Il suffira donc qu'un seul des héritiers du débiteur n'ait point satisfait à ses engagements, pour que le créancier puisse poursuivre et obtenir une résolution totale. Seulement, il faut remarquer que cette action devra être intentée contre tous les héritiers, et qu'elle ne peut jamais se donner contre un seul que pour sa part (2), quoique la condition soit indivisible dans son exécution. Il faut en effet faire résoudre contre tous le lien personnel du contrat, et ce n'est qu'après cette

(1) TROPLONG, *Vente*, n° 640.
(2) Voy. 1175, n°s 34, 36.

résolution que le vendeur peut reprendre sa chose entière. Du reste, l'action peut être suivie contre tous ensemble, ou contre chacun d'eux successivement pour sa part et portion.

Aux héritiers de l'acquéreur il convient d'assimiler les acquéreurs simplement conjoints, sans solidarité, comme sans division expresse.

Pareillement enfin, le donateur a le droit de poursuivre pour le tout, à raison de l'inexécution des charges, la révocation de la donation contre tous les donataires conjoints, par exemple, en cas de partage, de présuccession, ou contre tous les héritiers du donataire, bien qu'il n'y en ait qu'un seul qui n'ait pas satisfait aux charges de la donation. Il serait en effet contraire à ses intentions de faire produire, pour partie, des effets à un contrat dont il a voulu que l'exécution fût indivisible. La révocation doit donc être totale et non fractionnée.

85. S'il y a eu partage de l'hérédité, et que la chose soit échue au lot de l'un des héritiers, l'action en résolution ne peut pas être intentée contre lui pour le tout; et il doit en être de même au cas où, sans qu'il y ait partage, la chose est, à un titre quelconque, même d'usurpation, détenue tout entière par un seul. Le demandeur, s'il entend retirer la totalité de la chose, doit mettre en cause tous les héritiers. En effet, il n'a contre chacun d'eux qu'une action personnelle pour sa part virile. Si un seul possède la chose, il la possède, partie comme acquéreur aux droits de son auteur, partie à un autre titre, comme détenteur, comme copartageant, comme sous-acquéreur. Or si, par son action personnelle, le demandeur peut faire résoudre le contrat, pour la première partie, contradictoirement avec lui, il doit, pour le surplus, commencer par faire résoudre, avec ceux qui représentent en ce point l'acquéreur, le lien personnel résultant de la vente.

Il est vrai qu'en cas de réméré, le vendeur peut retirer pour le tout la chose des mains du cohéritier qui la possède (1672). Mais, ainsi que nous l'avons vu, c'est que, par la nature du droit résolutoire résultant du rachat, il peut d'emblée, sans

mettre en cause l'acquéreur, retirer la chose des mains du tiers qui en est possesseur, tandis que pour l'exercice de l'action résolutoire, il faut d'abord faire résoudre le contrat contradictoirement avec ceux qui y ont été parties, avant d'agir en revendication contre les tiers détenteurs. Or, pour toute la portion de la chose qui excède sa quote-part héréditaire, l'héritier ne représente point son auteur, en ce qui touche le lien personnel, et le vendeur ne peut agir contre lui que par revendication. L'action intentée pour le tout devrait donc être réduite, ou du moins régularisée par l'appel en cause des autres cohéritiers, à moins, toutefois, que le possesseur de la chose ne se fût obligé personnellement à désintéresser le vendeur.

86. Cette question offre un autre intérêt qu'un intérêt de simple régularité de procédure; il touche au fond même du droit. Supposez, en effet, que le vendeur ait perdu, par un motif quelconque, par prescription, par exemple, son action contre ceux des cohéritiers ou coacquéreurs qui ne possèdent pas la chose, ou contre quelques-uns d'entre eux; il ne pourra jamais poursuivre la résolution que dans la proportion de ses droits conservés, soit contre le possesseur seul, ou en même temps contre certains autres.

Que si le vendeur avait laissé prescrire son action résolutoire contre le possesseur de la chose, il ne serait pas moins en droit de l'évincer, pour la portion correspondante aux droits qu'il aurait conservés contre les autres cohéritiers ou coacquéreurs, après avoir fait prononcer la résolution contre eux, à moins que ce possesseur n'eût personnellement à se prévaloir de la prescription, comme tiers détenteur. Ce sont là autant de conséquences de la divisibilité du droit, et de l'action en payement, à laquelle correspond l'action en résolution, dont chacun n'est tenu personnellement que pour sa part et portion virile.

87. Autre conséquence : le détenteur de la chose, représentant pour partie l'acquéreur directement, et pour partie les héritiers de l'acquéreur, ne peut, lorsqu'il est poursuivi pour sa part et portion, demander que la résolution se fasse pour le

tout. Il s'est en effet opéré à son égard une division de l'action, et il doit la subir, comme une nécessité résultant du droit et de la force des choses. La résolution n'étant ainsi que partielle, il tombe dans un état d'indivision générale avec celui qui l'a fait prononcer.

88. Si l'acquéreur a revendu la chose en détail, le vendeur, après avoir fait prononcer la résolution contre lui, peut revendiquer contre tous les tiers détenteurs, ou quelques-uns d'entre eux seulement, à son choix, les parcelles aliénées, sans distinguer entre ceux qui se sont obligés personnellement, ou ne se sont pas obligés à le désintéresser au moyen de leurs prix partiels.

Si l'acquéreur a gardé entre mains une partie de la chose, après avoir consenti des aliénations partielles, le vendeur n'en aura pas moins le droit de poursuivre la résolution, pour la partie seulement qui est restée dans ses mains. On ne peut, en effet, lui objecter que le contrat doit être exécuté d'une manière indivisible, puisque c'est par la faute même de l'acquéreur que cette exécution ne peut avoir lieu, ou du moins ne peut avoir lieu sans périls, sans frais, sans difficultés. Quel intérêt, d'ailleurs, ce dernier a-t-il à ce que les tiers acquéreurs soient évincés ? Il a un intérêt tout contraire, puisque leur éviction doit le soumettre à des restitutions et à la garantie à leur égard. Que l'on suppose, enfin, que des prescriptions soient acquises en leur faveur, comme leur éviction est alors impossible, il serait contraire à toute justice d'écarter une demande en résolution nécessairement partielle (1).

89. Il ne peut y avoir de difficultés que sur les comptes à faire entre les parties. Mais c'est un point secondaire et de détail, qui ne saurait supprimer l'exercice d'un droit. Le seul et le meilleur moyen est alors de faire une estimation des choses aliénées et non reprises, et d'en faire restituer la valeur

(1) TROPLONG, *Vente*, nos 641 et 657. — Cass., 30 avril 1827. SIREY, 27, 1, 273.

par la partie contre laquelle la résolution aura été prononcée. Les parties sont par là remises, autant que les circonstances le permettent, au même et semblable état qu'avant la convention.

90. Si, de part et d'autre, il y a plusieurs héritiers ou ayants-cause, aussi bien du côté du créancier que du côté du débiteur, et que l'action soit susceptible de division, chaque demandeur agissant isolément ne pourra poursuivre chaque défendeur que suivant sa part, et, en même temps, suivant la part dont ce dernier est tenu. Supposons une vente ; le vendeur laisse deux héritiers ; l'acquéreur en laisse trois. Chaque héritier du vendeur ne pourra agir en résolution contre chaque héritier de l'acquéreur, que pour la moitié de la part de celui-ci, soit une moitié de tiers, ou un sixième. Pour obtenir la résolution pour la moitié qui lui revient dans la chose, il doit agir contre les trois représentants de l'acquéreur. La résolution totale ne pourra, conséquemment, être prononcée que sur une poursuite dirigée par tous contre tous ensemble.

Mais l'un des héritiers de l'acquéreur, poursuivi séparément par l'un des héritiers du vendeur, pourra-t-il demander que le poursuivant se concilie avec ses consorts pour la reprise de toute sa part ? Il ne le pourra point. Nous avons vu, en effet, que la loi n'ouvre l'action en résolution contre chacun des héritiers de l'acquéreur que pour sa part et portion, sans accorder même au défendeur qui détient toute la chose, le droit de demander que la résolution soit poursuivie pour le tout, par la raison que le partage et l'attribution de la chose faite aux copartageants dans telle ou telle proportion, sont des actes étrangers au demandeur, et qui ne sauraient modifier l'exercice de son droit personnel. C'est qu'alors la division même qui s'est opérée de plein droit entre les héritiers de l'acquéreur, empêche que le contrat ne s'exécute, et que la résolution ne se poursuive d'une manière indivisible pour toute la chose. Si le défendeur doit subir les principes rigoureux de la divisibilité, lorsqu'il est poursuivi par un vendeur unique,

il doit de même en accepter les conséquences, lorsque l'action en résolution est intentée par l'un des vendeurs conjoints, ou par l'un des héritiers ou ayants-cause du vendeur, pour sa part afférente.

91. La division des actions actives et passives, poussée à ce point, peut entraîner la licitation, puisque, par l'effet des résolutions partielles, elle établit une copropriété indivise et souvent impartageable entre les vendeurs conjoints, les héritiers du vendeur, ses cessionnaires ou subrogés, d'une part, et, de l'autre, les acquéreurs conjoints, ou les héritiers de l'acquéreur, ou ses ayants-cause.

Et, à ce sujet, nous ferons remarquer que, si l'un des vendeurs, ou des héritiers et ayants-cause du vendeur, après avoir obtenu une résolution partielle, faisait opérer avec ses copropriétaires le partage ou la licitation de la chose indivise, les autres vendeurs, ou héritiers, cessionnaires, ou subrogés du vendeur seraient forcés de maintenir, vis-à-vis de lui, ce partage, comme s'il avait été fait contradictoirement avec eux; car le partage fait avec le possesseur, *pendente conditione*, est valable (1). Mais ils n'en conserveraient pas moins le droit de poursuivre la résolution sur les lots attribués à leurs débiteurs, sans préjudice de leur privilége de vendeurs sur les mêmes lots, s'ils demandent payement, avec cette réserve, toutefois, que ce privilége ne pourrait s'exercer qu'après celui de leur consort, comme copartageant; car ce dernier privilége constitue la garantie générale des lots, et une obligation de la copropriété elle-même, laquelle précède toutes les autres (2).

92. L'action en résolution est des deux côtés indivisible, lorsqu'elle s'applique à une chose indivisible. S'agit-il, par exemple, d'une servitude, un seul des vendeurs conjoints, un seul des héritiers, cessionnaires ou subrogés du vendeur peut

(1) Voy. 1183, n° 7.
(2) Voy. *suprà*, n° 39.

poursuivre la résolution contre un seul des acheteurs conjoints, ou un seul des héritiers de l'acheteur. Il y a mieux : l'action ne pourrait même pas être divisée contre eux, suivant leur part afférente. Car l'indivisibilité de la chose fait qu'on ne peut établir aucune part matériellement et juridiquement distincte. Un seul peut donc agir pour tous, et doit même agir pour le tout contre un seul, pris pour tous et pour le tout ; ce qui n'empêche pas, du reste, l'action commune des demandeurs, et l'appel en cause de tous les défendeurs.

93. Quand l'action est indivisible, il suffit qu'elle ait été exercée à temps par un seul contre un seul, pour que les autres soient relevés des déchéances encourues par eux. Que la prescription soit acquise pour tous moins un, contre tous moins un, l'action d'un seul contre un seul relèvera les autres de cette déchéance, et enlèvera aux adversaires le bénéfice de la prescription accomplie à leur égard. C'est qu'en matière indivisible, c'est tout ou rien.

94. Nous passons aux fins de non recevoir qui peuvent être opposées à l'action en résolution.

Nous avons vu plus haut (1) que celui qui avait cédé des droits indivis ne pouvait plus poursuivre la résolution, lorsqu'il était intervenu, avant l'exercice de son action résolutoire, un partage de la chose, en ce sens, du moins, que son action ne pouvait s'exercer dorénavant que sur le lot échu à son cessionnaire.

Nous avons vu également que le débiteur poursuivi en résolution partielle, par l'un des ayants-cause du créancier, pouvait exiger que tous se conciliassent pour la reprise totale de la chose.

Les autres fins de non recevoir dont nous allons nous occuper, résultent, soit d'une renonciation expresse ou tacite, soit de la prescription, soit de l'accession et de la spécification.

(1) N° 39.

95. Nul doute, en effet, que le créancier en faveur duquel l'action en résolution a été exclusivement introduite, ne puisse y renoncer d'une manière expresse et formelle (1), soit en faveur de son débiteur immédiat, soit en faveur des tiers possesseurs, pour s'en tenir uniquement à l'action en payement.

Si la renonciation peut être expresse, elle peut être également tacite. Mais quand y a-t-il renonciation tacite? Question délicate et difficile, comme toutes celles qui sont subordonnées à des circonstances de fait, dont l'appréciation est livrée aux tribunaux. Il suffira donc de dire qu'il y a renonciation tacite, toutes les fois que les actes du créancier sont inconciliables avec l'idée de la réserve ou de l'exercice du droit de résolution.

La renonciation expresse ou tacite du créancier n'a d'ailleurs effet, qu'en ce qui concerne ses droits personnels. Un vendeur a, par exemple, renoncé à l'action résolutoire, à l'égard d'un sous-acquéreur, à qui la chose avait été vendue par un premier acquéreur, vendeur lui-même à son tour. Cette renonciation n'empêchera pas ce second vendeur de poursuivre lui-même la résolution, contre son acquéreur ou tous autres tiers possesseurs. Car il ne fait qu'exercer un droit personnel, auquel le fait du premier vendeur ne saurait préjudicier. Il importerait même peu que le second vendeur eût délégué une partie du prix de la revente au vendeur primitif. Il pourrait toujours exercer la résolution comme créancier, pour la part non déléguée; car, si cette délégation ajoute l'action personnelle à l'action hypothécaire et privilégiée du vendeur primitif contre le sous-acquéreur, elle n'a pas eu pour effet de modifier les droits du second vendeur résultant de l'acte de vente qu'il a personnellement consenti. Autrement, il faudrait décider, contrairement à tous les principes, que le droit de poursuivre la résolution n'appartient point à chacun des vendeurs successifs de la même chose, en ce qui concerne la vente particulière que chacun d'eux a faite personnellement.

(1) L. 3, *ff. De leg. comm.* — POTHIER, *Vente*, n° 460.

Chacun d'eux a, au contraire, un droit propre et personnel de résolution, indépendant de l'exercice que les autres peuvent faire de celui qui leur appartient (1).

96. Vis-à-vis de l'acquéreur, le vendeur n'est pas déchu du droit de demander la résolution, pour avoir demandé d'abord le payement du prix, alors même que le contrat renferme une clause résolutoire expresse (2). On ne saurait en effet raisonnablement prétendre qu'en demandant l'accomplissement des obligations contractées envers lui, il a implicitement renoncé à l'action en résolution. Car il est dans l'ordre naturel et logique des choses, que le créancier n'en vienne au moyen extrême de la résolution, qu'après avoir constaté l'inexécution du contrat, et constitué le débiteur en demeure, par l'inutilité de ses démarches à fin de payement. Quant à la renonciation tacite à l'action résolutoire, il faut dire qu'elle n'est que conditionnelle et subordonnée à la condition qu'il sera payé; et, si le payement a lieu, il y a alors plus qu'une renonciation, il y a extinction proprement dite de l'action (3).

Il est vrai que, dans les principes du droit romain, où la résolution de la vente n'avait lieu qu'en vertu d'une clause expresse, le vendeur, après avoir demandé le prix, était censé avoir renoncé au pacte commissoire, comme en poursuivant la résolution, il était censé renoncer au droit de demander le prix. *Si venditor pretium petat legi commissoriæ renunciatum videtur, nec variare et ad hanc redire potest* (4). *Papinianus scribit non posse si commissoriam elegit posteà variare* (5). Il devait ainsi opter entre l'action personnelle en payement, et l'ac-

(1) Cass., 13 juill. 1847. SIREY, 47, 1, 587. — 20 juin 1850. SIREY, 50, 1, 651.

(2) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 537.

(3) TROPLONG, *Hyp.*, n° 224 *bis*, et *Vente*, n° 656. — MERLIN, Rép., v° *Résolution*, et Quest., v° *Option*, § 1, n° 10. — DUVERGIER, *Vente*, T. 1, n° 444. — *Contrà*, TOULLIER, T. 6, n° 570, qui s'est rétracté, T. 10, n° 191.

(4) L. 7, *ff. De leg. comm.*

(5) L. 4, § 2, *ff. De leg. comm.*

tion personnelle-réelle en résolution. C'est que le pacte commissoire opérant de plein droit, le vendeur, en demandant le prix, renonçait forcément à s'en prévaloir, et, en poursuivant la résolution, renonçait au prix, puisque le contrat ne pouvait tout à la fois être et n'être pas (1).

Mais la condition résolutoire tacite du Code Napoléon n'opérant pas de plein droit, et ne résultant que d'une inexécution dûment constatée, rien ne s'oppose à ce que le créancier dispose ses actions dans l'ordre qu'il croit le plus favorable à ses intérêts, sans qu'on puisse lui objecter de prétendues renonciations implicites. Il pourra donc commencer par poursuivre l'exécution du contrat, et finir par demander la résolution. Il pourra même, après avoir intenté l'action en résolution, s'en désister, pour se borner à demander le prix. S'il y a en effet contradiction à exercer simultanément ces actions, elles n'ont cependant rien de contradictoire dans leur exercice successif. Car il est vrai de dire, au moins en ce point, que la maxime, *electâ unâ viâ, non datur regressus ad alteram,* n'est fondée ni sur les principes généraux du droit, ni sur aucun texte de la loi (2).

Le créancier peut enfin dans le même acte conclure au payement, et, subsidiairement, à la résolution. C'est même là, dans la pratique, le procédé le plus ordinaire, et le mieux approprié à la nature de la condition résolutoire tacite.

97. Mais si le vendeur, au lieu de demander le prix à son acquéreur immédiat, en avait poursuivi le payement contre les tiers acquéreurs ou détenteurs, pourrait-il, comme dans le cas que nous venons d'examiner, poursuivre contre eux, à défaut de payement, la résolution du contrat? Par exemple, le vendeur intervient dans une licitation ou dans un partage, poursuit le tiers détenteur en payement, provoque un ordre, y produit : y a-t-il dans ces actes une renonciation implicite à

(1) POTHIER, *Vente*, nos 461 et 462.

(2) MERLIN, Quest., vo *Option*, § 1. — ZACHARIÆ, T. 1, pag. 61. — TOULLIER, T. 10, nos 170 et suiv.

l'action en résolution, même pour le cas où il n'est pas intégralement payé, où ses garanties n'ont pas été conservées régulièrement ?

Cette question est controversée, soit parmi les auteurs, soit dans la jurisprudence. Nous devons toutefois commencer par cette observation ; c'est que la question ne peut plus se présenter après une saisie immobilière, puisque le vendeur non payé doit notifier sa demande en résolution avant l'adjudication (717, C. pr.).

Une seconde observation, c'est que s'il avait, en accomplissant les divers actes dont nous venons de parler, fait toutes réserves à l'égard de l'action en résolution, on ne saurait dire qu'il y a renoncé. Sa poursuite en payement, à l'aide de cette protestation formelle qui en explique et en limite le sens, n'emporterait contre lui aucune forclusion.

Une troisième observation, c'est que le vendeur ne peut, dans tous les cas, être déchu de l'action résolutoire, qu'en ce qui concerne la chose même dont il est censé, si tant est qu'il doive l'être, avoir approuvé l'aliénation. Ainsi, l'objection tirée de ses actes et poursuites en jugement ne pourrait lui être adressée, si, par exemple, il n'avait fait de production que dans un ordre ouvert pour la distribution du prix d'un immeuble autre que celui dont il entend plus tard faire résoudre l'aliénation. L'approbation de la revente, et la renonciation à l'action résolutoire, à l'égard des tiers, en supposant pour un instant qu'on puisse les admettre, doivent en effet se borner à la chose particulière à l'occasion de laquelle les poursuites ont eu lien. Le vendeur, en supposant qu'il fût déchu sur un point, pourrait donc exercer l'action résolutoire pour une autre chose et contre une autre personne.

Mais, est-il bien vrai qu'à l'égard des tiers acquéreurs, il soit censé avoir renoncé à l'action résolutoire, par cela seul que, sans faire de réserves expresses, il les a poursuivis en payement ? Nous ne le croyons pas (1).

(1) MERLIN, Quest., v° *Option*, § 1, n° 6. — TOULLIER, t. 10, n° 193.

Que le vendeur, en se présentant à l'ordre ouvert sur un sous-acquéreur, en le poursuivant par l'action personnelle, s'il s'est obligé à le payer, par l'action hypothécaire, s'il n'est que tiers détenteur, acquiesce à la transmission de la propriété, la ratifie tacitement, s'interdise l'exercice de l'action résolutoire; sur quoi cette prétention peut-elle être fondée? Il faudrait que cet acquiescement, cette ratification, cette renonciation fussent absolus, purs et simples. Mais les actes du vendeur portent avec eux-mêmes leur propre interprétation. Il veut être payé; c'est le but de son action. Il n'acquiesce donc à la transmission de la propriété, il ne renonce à l'exercice de l'action résolutoire, que sous la condition qu'il sera payé. Cette condition est inhérente à son acquiescement, à sa renonciation. Elle y est sous-entendue par la nature de son action et des droits sur lesquelles elle est fondée. Si on leur reconnaît ce caractère conditionnel, lorsque les poursuites ont lieu contre l'acquéreur immédiat, les mêmes raisons existent pour ne pas le leur contester, lorsqu'elles ont été dirigées contre un tiers acquéreur.

Les actes n'ont en effet de valeur que par la volonté qui les anime. Or, n'est-ce pas faire violence à la volonté du poursuivant, que de conclure de ce qu'il a demandé le payement, qu'il a renoncé, quel que soit le préjudice par lui encouru, à l'action résolutoire? Nul n'est censé facilement renoncer à son droit; et, si cet axiome doit recevoir quelque part son application, il nous semble que ce doit être dans le cas qui nous occupe. L'action en résolution est en effet une action extrême, qui s'intente en désespoir d'exécution, dont l'exercice se place à bout de moyens. Il est ainsi bien entendu que le créancier, en exerçant d'abord l'action en payement, soit personnelle, soit hypothécaire, ne fait que suspendre l'exercice de l'action

[1] — Bordeaux, 29 mai 1835. SIREY, 36, 2, 57. — Paris, 12 août 1835. SIREY, 35, 2, 272. — Cass., 16 mars 1840. SIREY, 40, 1, 321. — Poitiers, 13 mai 1846. SIREY, 47, 2, 416. — Cass., 11 déc. 1855. SIREY, 57, 1, 60. — *Contrà*, TROPLONG, *Hyp.*, n° 225, *Vente*, n° 659. — DUVERGIER, *Vente*, T. 1, n° 417. — Cass., 16 juill. 1818. SIREY, 19, 1, 27.

résolutoire, et se réserve le droit de la reprendre, si la première ne lui procure pas toute satisfaction légitime. Comment donc lui reprocher d'avoir distribué ses actions, même envers les tiers détenteurs, dans l'ordre le plus naturel et le plus logique?

On parle de bonne foi; on parle de l'erreur du sous-acquéreur, qui aurait été trompé par le vendeur primitif; de l'injustice qu'il y aurait à le rendre victime de son erreur et de sa bonne foi. Nous avons peine à comprendre cette objection. Car, s'il y a une erreur impossible, une bonne foi qui ne peut être abusée, c'est bien certainement quand le vendeur a pris soin de déclarer lui-même, par son action et ses poursuites, qu'il n'était pas payé, que son acquéreur immédiat n'avait pas satisfait à ses engagements. Il n'y a pas de meilleur moyen de le signaler que de poursuivre l'exécution. Le tiers est donc prévenu; il est averti; il sait que le vendeur n'a pas été payé; il sait que le défaut de payement peut fonder l'action résolutoire, et il s'y expose sciemment et volontairement, pour le cas où le contrat ne reçoit point son entière exécution. La justice ne veut d'ailleurs point de surprises. Le sous-acquéreur n'a donc qu'à mettre le poursuivant en demeure de s'expliquer, et à obtenir de lui, soit des réserves formelles, soit une renonciation expresse à l'action en résolution, en ce qui le concerne. Il a ainsi le moyen de dissiper tout de suite une équivoque qui, naturellement, doit s'interpréter contre lui, puisqu'il prétend établir une renonciation en sa faveur.

Que l'on signale maintenant les résultats fâcheux de la résolution, les perturbations qu'elle entraîne dans l'établissement de la propriété, dans les rapports des contractants et des tiers. Mais c'est là faire le procès à la loi; car cette raison d'inconvénient peut se déduire toujours et partout de la nature même de la condition résolutoire tacite. Ce n'est donc pas un véritable argument, parce qu'il n'y a pas d'argument qui puisse se fonder sur les inconvénients de la loi elle-même, pour en empêcher ou en modifier l'application.

Quoi qu'il en soit, quand nous disons que le vendeur, en

produisant à l'ordre, par exemple, n'est pas censé approuver l'aliénation, ni renoncer à son action résolutoire, nous sous-entendons qu'on n'a que ce fait de production à l'ordre à lui opposer. Car nous faisons toutes réserves en faveur de l'opinion contraire, pour le cas où il y aurait en outre dans ses divers actes, la preuve d'un acquiescement formel et d'une renonciation définitive. Réduite à ces termes, la question finit par être une question de circonstances, et encore de circonstances purement exceptionnelles (1).

98. Sous le Code, le vendeur n'était pas déchu du droit de poursuivre la résolution, pour avoir négligé ou refusé de produire à l'ordre, quoique dûment sommé de le faire. Il pouvait même exercer l'action résolutoire contre l'acquéreur, qui s'était libéré de son prix entre les mains des créanciers colloqués dans l'ordre. Ces circonstances n'établissaient, en effet, contre le vendeur non payé aucune espèce de forclusion. C'était tout à la fois aux créanciers et à l'acquéreur à veiller à la conservation de leurs droits. Il ne suffisait pas de sommer le vendeur, il fallait le payer, pour consolider, à son égard, la transmission de la propriété (2). A plus forte raison, le vendeur n'était-il pas déchu de l'action résolutoire, s'il était demeuré étranger à l'ordre, qui même ne lui avait pas été notifié (3). Mais aujourd'hui elle s'éteint avec le privilége.

99. Le vendeur primitif est censé avoir renoncé à l'action résolutoire envers les tiers acquéreurs, lorsqu'il s'est expressément et sans aucune réserve porté garant de l'exécution des aliénations à eux consenties. Il ne peut, en effet, faire résoudre ce qu'il doit garantir.

Et, par tiers acquéreurs, nous entendons tous ceux à qui il a été concédé des droits d'hypothèque, de servitude, et autres droits réels, pourvu qu'ils l'aient été sous l'autorisation, l'ap-

(1) Voy. Cass., 24 juin 1824. SIREY, 25, 1, 283.

(2) TROPLONG, *Vente*, n° 660. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 537. — Cass., 24 août 1831. SIREY, 31, 1, 315. — 25 août 1841. SIREY, 42, 1, 46.

(3) Cass., 30 juillet 1834, SIREY, 35, 1, 311.

probation, la garantie du vendeur originaire. Il ne peut alors faire résoudre, au préjudice des droits ainsi constitués à leur profit (1).

100. Il y a également renonciation implicite de sa part, lorsqu'il intervient dans les reventes, et se borne à stipuler que les sous-acquéreurs garderont dans leurs mains le prix pour être versé dans les siennes. Les sous-acquéreurs, s'ils ne payent pas suivant la clause convenue, pourront sans doute être évincés ; mais s'ils se libèrent conformément au contrat, ils auront satisfait à leurs engagements, et le vendeur primitif ne pourra les évincer par la voie de l'action résolutoire, dans le cas même où son acquéreur immédiat n'aurait pas tout revendu, et aurait gardé une portion de la chose, sans payer lui-même ce qu'il doit.

Il pourra sans doute faire résoudre le contrat vis-à-vis de lui ; mais il ne reprendra par l'action résolutoire que la portion de la chose restée dans les mains de son acquéreur immédiat, sans qu'il puisse inquiéter les sous-acquéreurs qui se seront libérés ou seront prêts à se libérer. En autorisant les ventes, sous la seule condition qu'ils verseront leurs prix dans ses mains, il est censé, sous cette même condition, avoir renoncé à l'exercice de l'action résolutoire contre eux. Si le contrat ne reçoit pas une exécution indivisible, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même, pour avoir ainsi acquiescé à des aliénations partielles, et pour leur avoir attribué un effet irrévocable, comme s'il les avait consenties personnellement (2).

Nous avons dit que les sous-acquéreurs ne payant pas, peuvent être poursuivis personnellement en résolution. L'action résolutoire sera également donnée contre eux, dans le cas où le vendeur primitif a donné quittance à son acquéreur, en acceptant la délégation du prix des reventes sur les sous-acquéreurs. Ces derniers, débiteurs délégués, ne peuvent en effet opposer au vendeur l'existence d'une quittance qui ne fait

(1) Zachariæ, t. 2, pag. 537.
(2) Troplong, *Vente*, n° 661.

que libérer l'acquéreur primitif, leur vendeur immédiat, sans éteindre contre eux la créance du vendeur originaire qui l'a conservée, au contraire, d'une manière expresse, et a ainsi personnellement, de son chef, l'action résolutoire contre eux, sans préjudice du droit qu'il a de la faire valoir, au besoin, du chef du créancier délégant, puisqu'elle est comprise dans la créance déléguée contre les sous-acquéreurs (1).

101. Il n'y a non plus contre le vendeur non payé, aucune forclusion dans l'hypothèse suivante : il se rend acquéreur de l'immeuble vendu précédemment par lui ou par ses auteurs. Cependant, le prix de la vente originaire n'a pas été intégralement payé. Il ne pourra pas sans doute, tant que son acquisition tiendra, poursuivre l'action résolutoire ; car elle serait sans efficacité, vu qu'il ne peut agir contre lui-même, et qu'il a déjà, à titre d'acquisition, la chose que la résolution ferait rentrer dans ses mains. Il y a donc une impossibilité de droit et de fait à l'exercice de l'action résolutoire.

Mais s'il vient à délaisser la chose sur des poursuites hypothécaires dirigées contre lui, et que l'aliénation en ait été, en conséquence, prononcée, pourvu qu'il ait conservé son privilége de vendeur, alors il pourra poursuivre la résolution de la première vente, pour défaut de payement. Le délaissement suivi d'adjudication a produit en effet son éviction ; et l'action résolutoire devenant ainsi possible et efficace, son exercice est régulier et fondé. On ne saurait donc lui opposer son acquisition, parce qu'elle n'a point de caractère définitif, seul caractère qui rendrait son action non recevable (2).

Observons toutefois qu'elle devra être dirigée, non contre le curateur nommé à l'immeuble, mais contre l'acquéreur immédiat. Le curateur à l'immeuble ne représente en effet que la coalition des créanciers ; l'acquéreur immédiat est donc seul apte à défendre à l'action résolutoire, puisque le lien personnel qu'il s'agit de résoudre a été contracté et ne peut être

(1) Cass., 16 nov. 1836. Sirey, 37, 1, 28.
(2) Troplong, *Vente*, n° 658.

légalement rompu que contradictoirement avec lui (1). Mais, après la résolution prononcée, l'immeuble sera repris des mains du curateur.

Autre hypothèse, mais antérieure à la loi du 23 mars 1855 sur la transcription : Primus vend un immeuble à Secundus, qui le revend à Tertius ; et ce dernier paye avec subrogation Primus, vendeur primitif. Cependant, il entend purger son acquisition, et notifie, en conséquence, son contrat aux créanciers inscrits. Il s'aperçoit alors qu'il a laissé perdre, à défaut d'inscription en temps utile, après la transcription de la revente, le privilége de vendeur auquel il est subrogé. Ainsi primé par les créanciers hypothécaires des acquéreurs intermédiaires, il entend, comme subrogé aux droits du vendeur primitif, poursuivre la résolution de la vente, afin de faire tomber par là les hypothèques qui le priment sur le prix. Il aura donc la chose, non plus à titre d'acquéreur, mais à titre de subrogé au vendeur originaire, et sauf les restitutions qu'il doit faire ou recevoir en cette qualité. Cette action en résolution, avec toutes ses conséquences, sera bien fondée ; car Tertius réunit, sans les confondre, deux qualités. Or, quand il fait résoudre, il agit comme vendeur non payé, et, quand il a voulu purger, il l'a fait comme tiers détenteur. Mais cette notification de son contrat ne crée aucune fin de non recevoir contre son action en résolution, qu'il exerce au lieu et place de Primus, d'un côté, parce qu'elle n'implique aucune rénonciation de sa part comme acquéreur, et, de l'autre, parce qu'elle est tout à fait étrangère au vendeur primitif qu'il représente. En un mot, il agit comme le vendeur subrogeant aurait pu agir lui-même (2).

102. Dans les principes du Code, et en dehors de la loi du 23 mars 1855, il importe peu que le demandeur en résolution ait perdu ou non son privilége de vendeur. Car il a l'option

(1) *Contrà*, TROPLONG, *Vente*, *ibid.*
(2) Poitiers, 13 mai 1846. SIREY, 47, 2, 416.

entre l'action résolutoire et l'action privilégiée en payement. Du moins, la renonciation volontaire à son privilége seul, à l'égard des tiers, n'emporte elle-même renonciation à l'action résolutoire, que dans le cas où elle a eu lieu dans des circonstances telles qu'il est impossible de ne pas lui attribuer cette intention (1).

Le droit résolutoire existe bien encore aujourd'hui ; mais comme la loi sur la transcription l'a solidarisé avec le privilége de vendeur, il faut avoir conservé ce privilége, pour être recevable à l'exercer envers les tiers.

103. De ce que le demandeur en résolution aurait consenti des aliénations partielles de la chose qu'il a reçue, ou de ce qu'il aurait constitué sur elle, au profit de tiers, des droits d'hypothèque, de servitude, ou autres droits réels, il ne s'ensuit aucune fin de non recevoir contre son action. Il n'y a en effet, de sa part, aucune renonciation à l'exercice de l'action résolutoire.

D'un autre côté, les aliénations, les hypothèques, les servitudes qu'il a consenties s'évanouissent par l'effet de la résolution ; et la chose rentre dans les mains du défendeur franche et quitte des charges dont le demandeur en résolution l'avait précédemment grevée. Le défendeur ne peut donc prétendre qu'il n'est pas remis au même et semblable état qu'avant la convention, à raison des aliénations, des servitudes, des hypothèques consenties (2).

104. Cependant, M. Troplong (3) pense que la résolution prononcée par suite de l'action rédhibitoire, produit cet effet remarquable, que, quoiqu'elle résolve le contrat dès le commencement, néanmoins, elle n'efface par les charges et hypothèques créées sur l'immeuble, *medio tempore*, avant la résolution. La raison en est, dit-il, qu'il dépend de la volonté de

(1) Cass., 9 juill. 1834. Sirey, 34, 1, 805.
(2) Voy. *infrà*, n° 105.
(3) *Vente*, n° 575, *Hyp.*, n° 466.

l'acheteur de résoudre le contrat par l'action *quanti minoris*, et qu'ainsi la résolution s'opérant *ex causâ voluntariâ*, ne doit pas porter préjudice aux droits dont l'acheteur a investi les tiers.

Quelle que soit l'autorité des noms anciens sous la protection desquels M. Troplong place cette opinion, elle nous semble incompatible avec les dispositions de l'article 1183, suivant lesquelles la condition résolutoire, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Or, la résolution poursuivie et obtenue, à raison de vices cachées, n'est pas placée par la loi sur une autre ligne que toute autre résolution; donc les aliénations, les servitudes, les hypothèques consenties par l'acquéreur, *medio tempore*, s'évanouissent à l'égard du vendeur, qui reprend sa chose par l'effet de la résolution.

Mais, dit-on, l'acquéreur a l'option entre une demande en résolution et une demande en diminution de prix (1644); la résolution est donc purement volontaire de sa part; donc il ne peut, par sa pure volonté, préjudicier aux droits qu'il a consentis à des tiers. Si cette théorie était vraie, en en pressant un peu les conséquences, il faudrait l'appliquer au cas où il y a déficit notable, ou excédant d'un vingtième de la contenance déclarée, car l'acheteur a le choix, ou de se désister du contrat, ou de faire réduire ou augmenter le prix; au cas où l'acheteur est évincé d'une partie notable, où il existe des servitudes non apparentes et non déclarées, car il peut opter entre la résolution et une indemnité; au cas de rescision pour lésion, car l'acheteur a le choix entre la rescision du contrat et un supplément de prix; et, en poussant les choses au pis, à tous les cas de résolution, parce que le créancier a le choix entre l'action en résolution, ou en payement, ou en dommages et intérêts. Ce serait donc à dire que toutes les fois qu'il aurait opté en faveur de la résolution, entre les différentes actions qui lui étaient également ouvertes, la résolution serait purement et simplement volontaire, et, à ce titre, ne

pourrait être préjudiciable aux tiers qui auraient acquis de lui des droits sur la chose, *medio tempore*, avant la résolution.

Voilà ce que nous ne saurions comprendre. Aussi, M. Troplong limite-t-il l'application de sa théorie à la seule action rédhibitoire; et il appelle un effet remarquable, ce qui nous semble être un effet impossible.

Il faut s'entendre d'abord sur le caractère des résolutions volontaires. Une résolution n'est volontaire que lorsqu'elle n'a d'autre cause que la volonté pure et simple des parties. Or, la résolution prononcée par suite de l'action rédhibitoire, ne résulte pas uniquement de la volonté pure et du caprice des contractants. Elle est fondée, au contraire, sur une cause réelle, sur un motif sérieux, sur l'existence de vices cachés, c'est-à-dire sur l'inexécution d'une promesse expresse ou tacite de la part du vendeur, et dérivant de la bonne foi qui doit toujours présider à l'exécution des engagements contractés. Sans doute, lorsque l'acheteur opte pour la résolution, il obéit à l'impulsion de sa volonté, bien que cette volonté se détermine le plus souvent par la considération de l'intérêt. Mais il n'en est pas moins vrai que c'est la loi elle-même qui lui ouvre cette action, et que l'option qu'il en fait, plus ou moins volontairement, ne donne pas à la résolution le caractère d'une résolution purement volontaire, puisqu'elle n'est ni capricieuse ni arbitraire, et qu'elle ne dépend point uniquement de la volonté du poursuivant.

Il ne suffirait point, dans tous les cas, qu'elle fût volontaire de sa part; il faudrait encore qu'elle le fût de la part du défendeur. Car la condition essentielle, sous laquelle seulement une résolution peut être dite volontaire, c'est qu'elle le soit réciproquement de la part de toutes parties. Eh bien! il n'y a pas de résolution volontaire de la part du défendeur. Il subit l'action de son adversaire, forcément, nécessairement. Il na pas même la faculté d'y échapper, en offrant une indemnité, comme dans l'action en rescision pour lésion. Et cependant, il est constant que les hypothèques, les servitudes, les aliénations con-

senties par l'acquéreur, *medio tempore*, s'évanouissent après la rescision prononcée. A plus forte raison, doivent-elles donc disparaître lorsqu'il y a résolution pour vices rédhibitoires, et le vendeur doit-il reprendre sa chose franche et quitte de toutes les charges constituées par l'acquéreur avant la résolution.

D'où nous concluons, ainsi que nous l'avons dit d'abord, que le défendeur ne peut tirer aucune fin de non recevoir, contre l'action en résolution, de ce que le demandeur aurait consenti des hypothèques, des servitudes sur la chose, ou des aliénations partielles, puisqu'elles doivent s'évanouir par la résolution.

105. Appliquons ce principe au cas d'échange. Un copermutant a aliéné une partie de la chose qu'il a reçue ; plus tard, il est évincé d'une partie notable et telle que, sans elle, il n'aurait pas fait l'échange. Ou bien encore la soulte qu'il avait stipulée ne lui est pas payée, ou le contrat d'échange n'a pas été pleinement exécuté par l'autre partie. Il poursuit en conséquence la résolution. L'autre échangiste ne pourra lui opposer la vente qu'il a faite de tout ou partie de la chose. Il la reprendra, en effet, par suite de la résolution, sur les tiers acquéreurs, et il sera ainsi remis au même état qu'avant l'échange (1).

En vain objecterait-il qu'il lui faudra peut-être subir les désagréments d'un procès pour la revendiquer. Car, si l'échange a été résolu, c'est par le résultat d'une éviction dont il est garant et responsable. Il doit donc en subir personnellement les conséquences. Quant au demandeur en résolution, s'il a vendu, c'est qu'il se croyait et devait se croire propriétaire, qu'il ne s'attendait pas à une éviction et à la nécessité de poursuivre la résolution de l'échange. Si la loi lui interdisait alors l'exercice de l'action résolutoire, elle serait coupable, en quelque sorte, de trahison envers lui, en l'enchaînant à l'exécution et au maintien d'un contrat dont la solidité apparente a abusé sa bonne foi.

(1) *Contrà*, Bordeaux, 7 mars 1815. SIREY, 16, 2, 179.

Il est vrai que les tiers évincés auront un recours en garantie contre lui, sauf convention contraire; mais il aura lui-même, pour cette cause, un recours en dommages et intérêts contre le copermutant, défendeur à la résolution. Et ce résultat, qui n'est que la conséquence de ses faits personnels, ne saurait autoriser ce dernier à se soustraire à l'action résolutoire.

Du reste, il n'y a pas de doute qu'elle puisse être poursuivie par l'échangiste qui a vendu la chose reçue en échange, lorsque les acquéreurs sont évincés par suite de l'action hypothécaire exercée contre eux par les créanciers de l'autre échangiste. La vente volontaire demeurant sans effet, est réputée n'avoir pas eu lieu (1).

106. Nous avons entendu plaider quelquefois que la résolution, dans le cas où le demandeur avait aliéné une partie de la chose reçue par lui, par exemple à titre d'échange, ne devait être du moins prononcée que jusqu'à concurrence de ce qui était encore dans ses mains. Cette opinion est insoutenable; car l'exécution de l'échange est indivisible entre les contractants. (1220). La résolution doit donc embrasser la totalité de la chose, ou ne pas être prononcée du tout.

107. Il peut arriver que les tiers-acquéreurs ne puissent plus être évincés, parce que la prescription se sera accomplie en leur faveur. Cette circonstance n'empêche nullement la résolution, pas plus lorsqu'il s'agit d'une condition résolutoire tacite, que d'une condition résolutoire expresse. Il est vrai qu'alors celui qui a à reprendre sa chose aliénée par l'autre partie, ne la reprend pas entière et est forcé de respecter les droits acquis par la prescription. Mais celui qui a consenti l'aliénation doit, dans ce cas, en représentation de la chose prescrite, tenir compte du prix de la vente seulement, comme doit faire quiconque a vendu la chose qu'il a reçue de bonne foi (1380), pourvu que la bonne foi soit bien établie, ce qui exclut toute faute, toute négligence dont la réparation serait

(1) Grenoble, 4 mars 1847. Sirey, 48, 2, 718.

due. S'il n'y avait pas bonne foi, ce serait l'estimation de la chose qui devrait être payée.

108. Nous avons dit que les aliénations partielles, les servitudes, les hypothèques consenties, *medio tempore*, par le demandeur en résolution, n'élevaient aucune fin de non recevoir contre son action. Nous devons cependant faire remarquer que c'est à la condition que ces actes auront eu lieu dans l'ignorance de la cause alors existante de l'action résolutoire, ou avant que la cause de cette action existât. Si, en effet, l'acquéreur ou l'échangiste avait consenti ces actes, après l'éviction soufferte d'une partie notable, la vérification de la contenance, la constatation et la découverte des vices cachés, il y aurait de sa part renonciation tacite à l'action résolutoire, parce que son exercice est inconciliable avec des concessions, faites en connaissance de cause, qui devraient s'évanouir, si elle était prononcée. Le demandeur en résolution est donc alors censé avoir opté, vis-à-vis de toutes parties intéressées, pour l'exercice des autres actions également ouvertes en sa faveur.

109. Entre les parties contractantes, l'action en résolution à défaut de payement dure aussi longtemps que l'action en payement elle-même. Mais, à l'égard des sous-acquéreurs de bonne foi, elle se prescrit par le laps de temps nécessaire pour l'acquisition de la propriété, c'est-à-dire par dix ou vingt ans, lorsqu'il s'agit d'un immeuble (1).

Cette prescription a en effet pour objet d'assurer au possesseur d'un immeuble la pleine propriété, à l'égard de toute personne, et, par conséquent, de dégrever l'immeuble de toutes

(1) Troplong, *Prescript.*, n° 797. *Vente*, n° 662. — Duranton, t. 16, n° 364. — Zachariæ, t. 2, pag. 538. — Cass., 12 janv. 1831. Sirey, 31, 1, 129. — Bordeaux, 24 déc. 1832. Sirey, 33, 2, 295. — Orléans, 14 déc. 1832. Sirey, 33, 2, 575. — Rouen, 28 déc. 1831. Sirey, 33, 2, 576. — Cass., 31 janv. 1844. Sirey, 44, 1, 521. — *Contrà*, Paris, 4 déc. 1826. Sirey, 27, 2, 74. — Montpellier, 29 mai 1827. Sirey, 28, 2, 263. — Paris, 4 mars 1835. Sirey, 35, 2, 230. — Agen, 28 août 1841. Sirey, 42, 2, 119.

les charges qui pesaient sur lui, de le libérer de toutes les actions, de tous les droits réels qui, vis-à-vis des contractants eux-mêmes, ne seraient prescriptibles que par trente ans. C'est ainsi que l'article 2180 a introduit la prescription des priviléges et hypothèques, en la soumettant, quant à son acquisition, au temps réglé pour la prescription de la propriété au profit des tiers détenteurs.

Notons toutefois que l'acquéreur n'est point réputé de mauvaise foi par cela seul qu'il a su, lors de son acquisition, que tout ou partie du prix était encore dû au vendeur primitif. Il a pu croire, raisonnablement et de bonne foi, que son auteur ou les auteurs de celui-ci consommeraient le payement (1).

Il importe même peu que le prix ne vienne à échéance, au su de l'acquéreur, qu'après l'expiration des dix ou vingt ans suffisants pour la prescription. Si le prix n'est pas exigible contre le débiteur, il n'en est pas moins vrai que le vendeur peut interrompre la prescription, en assignant le tiers détenteur en reconnaissance de son droit.

Mais il y a plus que de la mauvaise foi, lorsque le tiers acquéreur s'est obligé à désintéresser le vendeur primitif. Il y a lieu alors contre lui à une action personnelle en payement et en résolution, laquelle ne se prescrit, comme toute autre, que par trente ans (2).

110. Sous l'empire du Code, et avant la loi sur la transcription, il pouvait arriver que l'action résolutoire envers les tiers détenteurs se trouvât prescrite, alors que le privilége de vendeur ne l'était point. La prescription du privilége, dans le cas où elle supposait un titre, ne commençait en effet à courir que du jour de sa transcription, tandis, au contraire, que la prescription du droit résolutoire courait immédiatement, et s'accomplissait par dix ou vingt ans, moyennant un juste titre, même non transcrit, et aussi avec bonne foi. Le tiers détenteur

(1) Troplong, *Vente*, n° 662. — Zachariæ, t. 2, pag. 538, n^te^ 32. — Duranton, t. 16, n° 364. — Orléans, 14 déc. 1831. Sirey, 33, 2, 575.

(2) Troplong, *ibid.* — Duranton, *ibid.*

demeurait ainsi exposé à l'action hypothécaire et privilégiée, après l'extinction de l'action en résolution.

Dans ce cas, le vendeur primitif ne pouvait agir contre lui que par la voie hypothécaire, alors même qu'il avait conservé l'action résolutoire contre ses débiteurs personnels. Et cette action hypothécaire, outre la différence de procédure, produisait des résultats très différents au fond. Ainsi, l'adjudication de l'immeuble saisi ou délaissé se faisait au profit de tous les créanciers, sauf distribution du prix entre eux, suivant le rang des préférences, tandis que l'action en résolution eût fait rentrer la chose dans les mains du vendeur primitif. Les créanciers avaient ainsi intérêt à s'opposer à toute renonciation faite, à leur préjudice, à la prescription de l'action résolutoire.

Mais dans les principes de la loi du 23 mars 1855, ces effets ne peuvent se produire. Comme les actes ne sont opposables aux tiers qu'autant qu'ils sont transcrits, il en résulte que la prescription du privilége de vendeur et celle de l'action résolutoire ont le même point de départ, comme elles ont une égale durée.

111. Quant aux servitudes, comme elles ne s'acquièrent que par une possession de trente ans (690), l'action en résolution concernant la concession d'une servitude, ne se prescrira que par ce laps de temps, à l'égard du tiers détenteur, sans distinguer s'il est de bonne ou de mauvaise foi.

112. Quant aux meubles, l'action en résolution s'éteint, par le seul fait de l'aliénation, au profit d'un tiers acquéreur de bonne foi ; car ils n'ont pas de suite. (2102, n° 4, 2279) (1).

Et, par aliénation, il faut entendre toute concession de droits sur la chose, soit à titre de bail, de gage ou autrement. Ainsi, l'action résolutoire ne peut préjudicier au privilége du bailleur, à moins que le vendeur ne prouve qu'il savait, au moment

(1) TROPLONG, *Vente*, T. 2, *app.*, pag. 531. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 536 et 538.

du transport des objets chez lui, que le prix en était encore dû. En les acceptant ainsi, en connaissance de cause, il est censé ne les avoir reçus pour sa garantie que sans préjudice des droits du vendeur non payé (1).

Il convient néanmoins de distinguer entre les meubles corporels et les meubles incorporels; l'article 2279 et la règle tout exceptionnelle qu'il établit, ne s'appliquant en effet qu'aux meubles corporels, seuls susceptibles d'une tradition et d'une possession manuelle (2). Les meubles incorporels restant dans le droit commun, l'action en résolution peut les atteindre entre les mains des tiers détenteurs à qui ils ont été transmis par des cessions ultérieures (3).

113. L'action en résolution, quant aux choses mobilières, cesse encore, lorsque la chose a subi, soit par voie d'accession, de mélange ou de spécification, de tels changements dans sa nature et dans sa forme, qu'elle ne peut être ramenée à son état primitif. Nous appliquons ainsi à l'action résolutoire les mêmes règles que l'article 2101, n° 4, applique à l'action en revendication, du moins en ce qui concerne la nécessité que la chose soit dans le même état que lorsque la livraison a été faite. Cette disposition est en effet fondée sur le besoin de constater l'identité de la chose que le vendeur réclame. Or cette raison est la même, soit qu'il s'agisse de résolution ou de revendication. Nous croyons donc que l'action en résolution cesse d'être recevable, lorsque le vin a été mis en bouteille, les comestibles entamés, le blé converti en farine, le drap coupé en vêtements, etc... (4).

114. Mais l'action résolutoire est-elle également éteinte, lorsque le meuble a été uni, incorporé à un immeuble, de manière à devenir lui-même immeuble par destination seule-

(1) Zachariæ, t. 2, pag. 113 et 536.

(2) Cass., 4 mai 1836. Sirey, 36, 1, 353. — 11 mars 1839. Sirey, 39, 1, 169. — 14 août 1840. Sirey, 40, 1, 754.

(3) Grenoble, 15 avril 1845. Sirey, 46, 2, 557.

(4) Merlin, Rép., v° *Privilége*. — Troplong, *Hyp.*, n° 196.

ment? Il faut d'abord mettre de côté le cas où les objets ont subi, par l'application d'une main-d'œuvre quelconque, des changements qui leur ont fait perdre leur ancienne forme, leur nature, leur dénomination primitive, ou reçu le travail d'une spécification ou d'une accession qui les dénature, ou les confond dans un tout où ils sont absorbés, sans qu'on puisse plus tard les en séparer. Tels seraient l'ardoise ou la tuile d'une couverture; les bois des planchers, des portes, de la charpente ; les ferrements de toute nature appliqués anx portes, aux contrevents, etc... Ces divers objets sont, en effet, devenus, de meubles qu'ils étaient d'abord, immeubles par nature.

Il faut ranger sur la même ligne les objets mobiliers incorporés au fonds par le propriétaire, de manière à ne pouvoir en être détachés sans être fracturés et détériorés, ou sans briser et détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés. Tels sont les machines et agrès d'un moulin (1), une machine à vapeur incorporée à une filature (2), le matériel fixé et attaché à une fabrique (3). Dans ces divers cas, le privilége de vendeur, qui va de pair avec l'action résolutoire, est complètement éteint. Sous la réserve de cette distinction, nous pensons qne le privilége de vendeur et l'action résolutoire subsistent.

Supposons donc une chose mobilière devenue simplement immeuble par destination, et continuant d'exister séparément, sans avoir subi dans son état des changements qui, à eux seuls, suffiraient pour écarter l'action résolutoire. Supposons, par exemple, une bête de cheptel (524).

A l'égard de l'acheteur et de ses créanciers chirographaires,

(1) Paris, 25 juill. 1846. Sirey, 46, 2, 358. — Cass., 9 juin 1847. Sirey, 47, 1, 689.

(2) Cass., 9 nov. 1835. Sirey, 36, 1, 177.

(3) Paris, 6 avril 1836. Sirey, 36, 2, 347. — Rouen, 19 juill. 1828. Sirey, 29, 2, 266. — Paris, 24 nov. 1845. Sirey, 45, 2, 664. — Lyon, 21 mars 1839. Sirey, 39, 2, 423. — *Contrà*, Amiens, 1er sept. 1838. Sirey, 39, 2, 237. — Dijon, 16 août 1842. Sirey, 46, 2, 148.

l'action est évidemment bien venue. On ne le conteste point.

Mais aussitôt qu'il s'agit des intérêts de créanciers hypothécaires, une vive controverse s'engage, et l'action résolutoire, accordée par les uns, est déniée par les autres. Dans l'intérêt des créanciers hypothécaires, on invoque les dispositions de l'article 2133, qui étendent l'hypothèque acquise à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué; les principes généraux du droit en cette matière, et surtout la publicité sur laquelle est fondé notre système hypothécaire (1). Et, par les mêmes raisons, on dénie au vendeur non payé le privilége spécial établi par l'article 2102, n° 4.

D'autres, au contraire, toujours dans l'intérêt des créanciers hypothécaires, font une distinction. Le vendeur prétend-il exercer son privilége, au préjudice de créanciers antérieurs à l'immobilisation de la chose; il est, suivant ces auteurs, fondé dans sa demande, parce que les créanciers, lors de l'établissement de leur hypothèque, n'ont pu compter sur l'avantage d'une immobilisation qui n'existait pas encore. Prétend-il, au contraire, exercer son privilége contre des créanciers hypothécaires postérieurs; il ne peut alors rien distraire du gage qui leur a été affecté hypothécairement dans son entier, et sur lequel ils ont dû compter légitimement, à moins qu'il ne prouve qu'ils avaient connaissance de ses droits, à l'époque où leur hypothèque a été établie (2).

D'autres enfin, sans faire aucune distinction entre les créanciers antérieurs ou postérieurs, accordent au vendeur non payé l'exercice de son privilége sur l'objet mobilier devenu immeuble par destination (3), et conséquemment de l'action résolutoire (4).

(1) Duvergier, *Vente*, t. 1, n° 439.

(2) Zachariæ, t. 2, pag. 113, n[te] 23. — Devilleneuve, *Observations*. Sirey, 36, 1, 181.

(3) Troplong, *Hyp.*, n° 113; *Vente, addit.*, t. 2, pag. 531.—Bruxelles, Cour supérieure, 19 mai 1833. Sirey, 34, 2, 561.— Caen, 1er août 1837. Sirey, 37, 2, 401. — Cass., 24 mai 1842. Sirey, 43, 1, 39.

(4) Troplong, *Vente*, *ibid.*

C'est cette dernière opinion qui nous semble préférable. On remarquera, en effet, d'abord, quant à la distinction proposée par quelques-uns, entre les créanciers hypothécaires postérieurs et les créanciers hypothécaires antérieurs, qu'elle est fondée plutôt sur une équité apparente que sur les principes rigoureux du droit. Car l'article 2133 devrait suffire pour trancher la question contre le vendeur, s'il est vrai, d'une manière absolue, que l'hypothèque s'étende aux améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué. On est donc forcé de reconnaître qu'il y a nécessité de se relâcher d'une trop rigoureuse interprétation du texte, et que l'article 2133 ne fait pas complètement abstraction des droits des tiers sur les améliorations survenues.

Mais, dit-on, si les créanciers sont postérieurs, ils ont dû compter sur le bénéfice de l'immobilisation; autrement, leur bonne foi serait trompée. Nous comprendrions la valeur de cette objection sous une législation qui ne voudrait pas, qui ne permettrait pas que la bonne foi des créanciers hypothécaires fût jamais trompée. Mais il faut convenir que cette perfection impossible de la législation n'existe point. Qu'on suppose une hypothèque prise sur un corps de domaine. Le créancier compte, de bonne foi, sur la totalité du gage; survient un vendeur non payé qui fait résoudre la vente de plusieurs héritages particuliers; tant pis pour le créancier. Il serait en vérité par trop heureux qu'il se fût agi d'un objet mobilier devenu immeuble par destination. Il est averti par l'inscription du privilége de vendeur; soit: mais toujours est-il que la loi du 23 mars 1855 est inapplicable aux transmissions mobilières, et qu'elles demeurent régies par les anciens principes du droit résolutoire, qui n'en soumettent l'exercice à aucune condition de publicité.

La vérité est que, malgré la rigueur de ses termes, l'article 2133 n'étend l'hypothèque aux améliorations (et l'on pourrait argumenter de cette expression, qui semble exclure les objets qui conservent une existence propre et indépendante), que sous la réserve des droits des tiers sur les choses mêmes

qui constituent ces améliorations. L'hypothèque consentie postérieurement à l'immobilisation, ne l'aura donc été que sauf les droits préexistants en faveur du vendeur, soit que le créancier l'ait su ou non.

Or, l'article 2102 ne soumet l'existence de son privilége sur les meubles par lui vendus, qu'à la condition que la chose soit en la possession de l'acheteur; et nous ajoutons cette autre condition, qu'elle n'ait point subi de changements qui lui aient fait perdre sa forme et sa nature. Pour être immobilisée par destination, la chose n'a évidemment pas cessé d'être en la possession de l'acheteur. D'un autre côté, de meuble qu'elle était, elle est devenue immeuble. Mais ce n'est pas là un changement de forme, de nature; c'est un simple changement de qualité métaphysique, de qualification légale, qui n'exerce aucune influence sur son état physique et matériel. D'ailleurs, il faut remarquer que la loi, en parlant d'objets mobiliers, en apprécie le caractère au point de vue du vendeur, et abstraction faite de l'acte de l'acquéreur, fait postérieur à la vente et indépendant de la volonté du vendeur lui-même.

En vain objecterait-on que l'acheteur, pouvant se déposséder au préjudice du vendeur non payé, a pu de même grever, à son préjudice, la chose d'une hypothèque, du moment qu'elle a été immobilisée. Les cas sont en effet bien différents. Le privilége et l'action résolutoire disparaissent, quand la chose est sortie de la possession de l'acheteur, parce que les meubles n'ont pas de suite. Alors, au contraire, que la chose est restée en sa possession, et qu'elle est simplement devenue immeuble par destination, sans perdre son caractère mobilier, la loi ne soumettant à aucune autre condition l'exercice de ses droits, ils sont maintenus vis-à-vis du créancier hypothécaire, comme à l'égard de tout autre créancier.

Ce qui confirme du reste notre opinion, c'est la combinaison des articles 592 et 593, C. pr. L'article 593 soumet en effet, par exception, à la saisie-exécution, de la part du vendeur non payé, les objets mobiliers déclarés immeubles par destination. D'où il suit forcément que ces objets sont toujours

meubles par rapport au vendeur, et que leur immobilisation, si elle nuit aux créanciers, en ce sens qu'elle les empêche de les saisir-exécuter, ne nuit pas du moins au vendeur non payé. Ce droit de saisie n'est-il pas le corollaire du privilége dont il est la garantie, et de l'action résolutoire qui, comme la saisie, s'empare du meuble séparément de l'immeuble auquel il a été réuni? L'article 593 l'accorde sans distinction; et, s'il est vrai que les priviléges soient de droit étroit, cependant, du moment qu'un privilége est établi par une disposition de principe, comme celui du vendeur non payé l'est par l'article 2102, il devient de droit commun, et doit exister dans tous les cas non formellement exceptés par la loi, ou par la nature des choses. A plus forte raison, cette dernière considération s'applique-t-elle à l'action résolutoire.

Nous concluons de là que le vendeur non payé peut poursuivre la résolution contre le saisi, et agir, par suite, en distraction contre le saisissant, alors que l'objet mobilier a été saisi cumulativement avec l'immeuble auquel il a été incorporé, et pourvu aussi que cette incorporation n'en ait point matériellement transformé la nature mobilière. La saisie pratiquée par les créanciers, quels qu'ils soient, ne peut alors préjudicier aux droits du vendeur, puisque la chose n'est pas sortie des mains de l'acquéreur.

Mais si l'action en résolution et en distraction ne s'intentait qu'après la vente de la chose sur saisie immobilière, elle serait non recevable envers le tiers acquéreur; et le vendeur ne pourrait plus exercer son privilége sur le prix de la chose déterminé par ventilation. Le privilége pour prix d'effets mobiliers non payés n'est en effet accordé par la loi, que s'ils sont restés en la possession du débiteur; et encore faut-il que ces objets n'aient pas été attachés et incorporés au fonds lui-même (1).

115. Nous terminerons sur ce point, en faisant remarquer que le privilége et le droit de revendication établis par le n° 4

(1) Cass., 18 mars 1840. Sirey, 40, 1, 412.

de l'article 2102, au profit du vendeur d'effets mobiliers, ne sont point admis en cas de faillite (550, C. comm.).

116. D'après la loi du 23 mars 1855, article 4, tout jugement prononçant la résolution, nullité ou rescision d'un acte transcrit, doit, dans le mois, à dater du jour où il a acquis l'autorité de la chose jugée, être mentionné en marge de la transcription faite sur le registre. L'avoué qui a obtenu ce jugement est tenu, sous peine de cent francs d'amende, de faire opérer cette mention, en remettant un bordereau rédigé et signé par lui au conservateur, qui lui en donne récépissé.

La nécessité de cette mention rentre dans le système de publicité organisé par cette nouvelle loi. « La mesure imposée, disait M. le conseiller d'État Suin, dans son exposé des motifs, est un avertissement utile à donner aux tiers que la transcription d'un acte pourrait tromper sur son existence apparente. Cependant, comme aucun péril ne menace le bénéficiaire du jugement, il fallait assurer l'exécution de la mesure par une pénalité contre l'officier ministériel qui négligerait de donner cette publicité, d'autant plus nécessaire qu'elle doit détruire et effacer une publicité contraire précédemment donnée. » La mention n'est donc exigée que si l'acte, dont la résolution, la nullité ou la rescision a été prononcée en justice, a été précédemment transcrit, et le défaut de cette formalité n'entraîne qu'une sanction pénale contre l'officier ministériel négligent, sans que la validité du jugement en reçoive la moindre atteinte (1).

L'article 4 s'applique à tout jugement prononçant une résolution, soit qu'elle ait été opérée de plein droit, ou qu'il ait été nécessaire de la poursuivre en justice. Dans tous les cas, il est vrai qu'un jugement la prononce et la déclare (2). Quant à ces mots de nullité et de rescision, ils doivent, suivant l'esprit de la loi, être entendus dans leur plus large acception (3).

(1) TROPLONG, *Transcipt.*, n°s 232 et suiv.
(2) TROPLONG, *Transcript.*, n°s 214, 245 et suiv.
(3) TROPLONG, *Transcript.*, n°s 215 et suiv.

Quant aux conventions par lesquelles la nullité, la révocation, la rescision, la résolution d'un acte transcrit serait consentie amiablement, pour cause sérieuse et légitime, aucune mention n'en est exigée en marge de la transcription. Quelque désirable que puisse être cette contre-publicité, dans l'intérêt des tiers, la loi ne la prescit point; et, comme ses dispositions ont un caractère exceptionnel, il ne faut pas les étendre hors de leurs termes précis, d'autant mieux qu'en ce cas il n'y a point réellement translation de propriété (1).

Mais si, sous l'apparence d'une résolution ou annulation amiable fondée sur une cause légitime, les parties avaient fait une véritable rétrocession, n'ayant d'autre cause que leur pure volonté, il conviendrait alors d'en faire opérer, non pas une simple mention, mais bien la transcription, conformément aux articles 1, 2 et 3 de la loi du 23 mars 1855 (2).

Quant aux jugements prononçant la résolution, nullité ou rescision d'un acte non transcrit, mais ayant date certaine avant le 1er janvier 1856, époque où la loi du 23 mars est devenue seulement exécutoire, ils doivent être transcrits conformément à l'article 4 (art. 11), c'est-à-dire sous la seule sanction d'une peine contre la négligence de l'avoué. Si la loi recommande la transcription de ces jugements, c'est que l'acte, quoique non transcrit, mais antérieur à la mise à exécution de la loi, est opposable aux tiers, d'après les règles, aujourd'hui modifiées, de notre ancienne législation civile. Ainsi s'expliquent les dispositions de l'article 11. Mais, comme il n'y a pas alors de publicité contraire à effacer, elles peuvent paraître superflues, à moins qu'on ne suppose que les tiers ont connu d'ailleurs l'existence de l'acte non transcrit. Car alors il leur importe d'être prémunis, par un moyen de publicité légale, contre les conséquences de leur erreur touchant la résolution ou l'annulation de cet acte. Le législateur a ainsi assimilé les actes passés sous l'ancienne loi, et non transcrits,

(1) TROPLONG, *Transcript.*, n° 244.

(2) TROPLONG, *ibid.*

aux actes intervenus sous l'empire de la loi nouvelle, mais soumis à la transcription.

SECTION II.

DES OBLIGATIONS A TERME.

ARTICLE 1185.

Le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution.

Sommaire.

1. Définition du terme.
2. Terme de droit et terme de grâce.
3. En quoi le terme diffère de la condition.

COMMENTAIRE.

1. Le terme est un délai accordé au débiteur pour l'exécution de son obligation. L'obligation est donc à terme lorsqu'elle est modifiée par l'existence de ce délai.

2. Le terme est de droit ou de grâce; de droit, quand il résulte du contrat lui-même; de grâce, quand il résulte uniquement d'une concession faite par le juge.

Nous ne nous occuperons ici que du terme de droit. Quant au terme de grâce, nous en parlerons sous l'article 1244. Du reste, chaque fois que l'occasion s'en présentera, nous n'omettrons point de signaler les différences qui distinguent chacun de ces termes.

3. Ils ont, l'un et l'autre, cela de commun, qu'ils ne font que différer l'exécution de l'obligation, sans toucher à son existence même. Pour être à terme, l'obligation n'en subsiste pas moins immédiatement, comme si le contrat ne contenait aucune stipulation de terme. La condition a trait, au contraire, à l'existence même de l'obligation, puisqu'elle la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce

que l'évènement arrive, soit en la résiliant, selon que l'évènement arrivera ou n'arrivera pas (1168). L'existence de l'obligation, lorsque l'obligation est conditionnelle, dépend ainsi de l'évènement pris comme condition. L'article 1185 dit donc, avec beaucoup de raison, que le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement dont il retarde seulement l'exécution.

Nous ne pouvons, toutefois, nous empêcher de remarquer que ce parallèle élémentaire du terme et de la condition, est une question purement doctrinale, que le législateur pouvait, sans nul inconvénient, abandonner au commentateur. L'article 1185 ne consacre, en effet, qu'un point de doctrine, sans contenir une disposition proprement dite.

Article 1186.

Ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance du terme; mais ce qui a été payé d'avance ne peut être répété.

Sommaire.

1. Le terme et exprès ou tacite,
2. Déterminé ou indéterminé.
3. Le terme indéterminé peut constituer une condition.
4. De l'accomplissement de certaines formalités préalables.
5. Quand je voudrai, quand je pourrai. Renvoi. Terme dérisoire.
6. A la volonté du créancier. Sens de cette clause.
7. Distinction entre le terme indéterminé et la condition potestative. Exemple.
8. Un terme peut être joint à une condition. Exemples.
9. De la condition prépostère.
10. Si le terme est alternatif, on prend le plus long délai.
11. Comment se calcule le terme. Heure, jour, mois, année.
12. Dans la semaine, dans le mois, dans l'année. Sens de cette clause.
13. Le jour *a quo* n'est pas compris dans le terme.
14. Dispositions spéciales du Code de commerce.
15. Quand le délai est fixé par approximation.
16. Du terme tacite.
17. Le jour *ad quem* est compris dans le terme.
18. Le terme retarde l'exécution. *Quid*, s'il y a divers termes successifs?

19. Exception à la règle que la dette n'est pas exigible avant l'échéance.
20. La loi du 3 septembre 1807 est commune à toute matière.
21. Le débiteur assigné en reconnaissance peut se réserver tous autres moyens et exceptions.
22. Le jugement de reconnaissance emporte, à l'échéance, voie d'exécution parée.
23. Si un terme est échu, le créancier peut le demander et assigner en reconnaissance. Les frais ne sont point alors à sa charge.
24. Tout créancier peut, avant l'échéance, faire constater et reconnaître la dette, en offrant de différer l'exécution de la condamnation.
25. Mais il ne peut conclure à une condamnation pure et actuelle.
26. Si un terme vient à échoir durant l'instance, le débiteur doit-il être condamné?
27. *Quid*, s'il s'agit d'un autre acte de poursuite?
28. Application de la loi de 1807 aux créances conditionnelles.
29. Le créancier peut, avant l'échéance, faire tous actes conservatoires.
30. Si le terme n'est qu'en sa faveur, le créancier peut poursuivre.
31. Le créancier doit, autrement, attendre l'échéance, fût-il même certain qu'à l'échéance il n'y aura pas exécution.
32. Le débiteur n'est en retard qu'après l'échéance.
33. Distinction entre les lieux où l'obligation doit être acquittée.
34. Ce qui a été payé d'avance ne peut être répété,
35. Pas même quant aux intérêts,
36. Sauf les cas de dol, de violence, d'incapacité.
37. Du droit de rétention appliqué aux obligations corrélatives.
38. Du droit de rétention consacré par les articles 1749, 1673,
39. Et 1848. Extension de ce droit à divers obligés.
40. Observations quant aux mandataires.
41. Des voituriers, des ouvriers.
42. Du droit de rétention dans les cas prévus par les articles 661, 682, 841, 1699, 1408. Indemnité préalable.
43. Du cohéritier. Extension aux possesseurs de la chose d'autrui.
44. Le tiers détenteur n'a pas le droit de rétention, à l'égard des créanciers hypothécaires.
45. Il ne peut s'exercer sur les biens dotaux.
46. Caractères de ce droit.
47. Il tombe devant le payement, ou des offres suffisantes.

COMMENTAIRE.

1. Le terme de droit est exprès ou tacite, déterminé ou indéterminé.

Il est exprès, lorsqu'il est formellement exprimé dans la convention.

Il est tacite, lorsqu'il résulte de la nature même de l'engagement. Il arrive en effet fort souvent, et pour les choses même les plus ordinaires de la vie, qu'un terme est sous-entendu dans la convention, comme une nécessité résultant de la force des choses (1). Je m'oblige à couper vos foins, vos blés; il faut attendre la saison convenable, et, en outre, quand le moment est venu, donner le temps nécessaire pour l'exécution de l'engagement. Je m'oblige à vous livrer un cheval, une somme d'argent, à tel endroit; il faut le temps d'y amener le cheval, d'y faire parvenir la somme d'argent. Ces exemples suffisent sans doute pour faire comprendre dans quels cas il peut y avoir terme tacite; c'est, nous le répétons, quand l'impossibilité d'exécuter tout de suite l'obligation établit la nécessité d'un délai quelconque pour son exécution, sans que les parties en aient elles-mêmes stipulé aucun.

2. Le terme est déterminé, lorsque le contrat fixe, pour l'exécution de l'obligation, un délai préfix et certain. Tel est le cas où je m'oblige à vous donner tant, le premier janvier prochain, dans un mois, dans un an, etc...

Le terme est, au contraire, indéterminé, quand le délai, quoique fixé par le contrat, est incertain, soit quant au moment de son évènement, soit quant à son évènement lui-même, soit quant aux deux tout à la fois; par exemple, s'il est dit que je vous donnerai tant, quand vous vous marierez, quand le *Pluton* arrivera d'Alger, etc..... L'évènement prévu est doublement incertain. On ignore en effet s'il arrivera et quand il arrivera. Or, la fixation d'un pareil terme contient le plus souvent une véritable condition, de laquelle dépendent d'abord l'existence, et ensuite l'exécution de l'obligation (2).

Lorsque l'évènement dont l'arrivée est prise pour terme n'est incertain que quant au moment où il doit arriver, le plus ordinairement il ne constituera qu'un terme proprement dit. Je vous promets tant, quand telle personne mourra; il est bien

(1) L. 73, *ff. De verb. oblig.*
(2) Voy. 1168, n° 13.

certain que cette personne mourra; mais on ignore quand elle mourra. Ce n'est là qu'un terme indéterminé. Il en est de même dans les cas où les contractants auraient pris pour terme la mort de l'un d'eux.

Mais, en matière de testaments, il y aurait plus qu'un terme, il y aurait véritablement une condition, *dies incertus in testamento conditionem facit*, à moins que l'interprétation de l'acte n'établit que la pensée du testateur a été de faire profiter du legs ou de l'institution les héritiers du légataire ou de l'héritier institué (1).

L'évènement pris pour terme peut enfin n'être incertain que quant à son arrivée. Je m'oblige à vous payer tant, quand vous aurez vingt ans, quand vous serez majeur. Il est seulement incertain si jamais vous atteindrez l'âge de vingt ans ou votre majorité. Mais cette incertitude fera souvent de cette clause une condition aussi bien qu'un terme (2).

3. Sans revenir sur ce que nous avons dit des conditions, nous croyons néanmoins utile de rappeler ce principe d'interprétation : le temps en soi n'ayant rien de conditionnel, ne fait qu'ajourner. Si donc l'échéance du terme est subordonnée elle-même à une autre circonstance future et incertaine, il y a condition véritable dans l'intention des parties. L'arrivée d'un évènement fixe bien un terme; mais son incertitude constitue une condition (3).

Il y a, au contraire, simplement terme, lorsque, par une disposition séparée, le temps est visé comme simple délai, comme cause d'ajournement, malgré l'incertitude de l'évènement dont l'échéance est prise pour terme. Je lègue, par exemple, à Marie, mille francs, et j'ajoute : laquelle somme, toutefois, elle ne recevra que lorsqu'elle aura atteint l'âge de

(1) L. 75, *ff. De cond. et dem.* — FURGOLE, *Testam.*, ch. 7. — TOULLIER, T. 5, n° 674. — TROPLONG, *Donat.*, n°s 393 et suiv.

(2) Voy. TOULLIER, T. 6, n° 651.

(3) RICARD, *Disp. cond.*, n°s 30, 31, 32.

vingt-cinq ans. Cette dernière clause n'est qu'accessoire et ne touche pas à l'essence du legs (1).

4. Il ne faut pas assimiler à un terme indéterminé proprement dit, l'obligation imposée par la loi ou par la convention, au créancier, d'accomplir certaines formalités préalablement à l'exercice de ses droits et actions. Les poursuites du créancier sont, il est vrai, dans ce cas, subordonnées à l'accomplissement préalable de ces formalités; mais l'action en elle-même n'en est pas moins indépendante, le droit étant actuellement exigible à la volonté du créancier.

Tel est le cas où il aurait été convenu qu'un adjudicataire payera, dans la quinzaine du jugement d'adjudication dûment signifié. La signification à faire de la part du poursuivant ne constitue ni terme, ni condition qui suspendent le cours de la prescription (2). Autrement, il dépendrait de la volonté du créancier, en ne signifiant pas, de le prolonger indéfiniment.

5. Quand je voudrai, quand je pourrai, impliquent de la part du débiteur un délai indéterminé (1900, 1901). Nous renvoyons à ce que nous avons dit de ces clauses (3), qu'il convient du reste de ne pas confondre. Ainsi, quand je voudrai, diffère l'exécution jusqu'au décès du débiteur; quand je pourrai, laisse au juge la faculté de fixer un terme suivant les les circonstances.

Ce n'est pas seulement, dans ce cas, que le juge peut accorder un délai suivant les circonstances de la cause. Il a le même pouvoir lorsque le terme fixé n'a qu'un caractère dérisoire. En voici un exemple, que nous avons vu soumettre à la justice: un cheval avait été vendu tant, le prix payable dans un million d'heures. Le vendeur fut tout étonné d'apprendre, à l'audience, qu'il avait accordé un terme de près de cent quinze années. Les juges maintinrent la vente et fixèrent un délai.

(1) L. 5, C. *Quando dies leg. ced.*—Ricard, *ibid.*, n° 33.—Toullier, t, 5. n° 674. — Furgole, Troplong, *ibid.*

(2) Cass., 13 juill. 1846. Sirey, 46, 1, 739.

(3) Voy. 1174, n°s 4 et 5.

Dans le cas même où le promettant s'est engagé à payer, à sa volonté, quand il voudra, il ne laisse pas d'encourir la déchéance du terme et une poursuite immédiate en payement, pour l'une des causes énoncées dans l'article 1188. La bonne foi ne permet pas, en effet, qu'il soit le maître du sort de la créance, et qu'il puisse, par ses désordres ou sa fraude, se soustraire à son engagement (1).

6. S'il était dit que le débiteur payera à la volonté, à la première réquisition du créancier, celui-ci ne saurait être admis à exiger payement tout de suite, incontinent. La clause sous-entend la concession d'un délai moral que les juges doivent arbitrer (2), sans préjudice du délai de grâce. Il est à présumer en effet que, dans la commune intention des parties, elle ne doit pas être prise rigoureusement au pied de la lettre, à moins que les termes ne soient formellement exclusifs de tout délai, même moral. Ce point dépend au surplus de la nature de l'acte et des circonstances du fait.

Si un délai avait été fixé, en outre, à partir de la volonté notifiée ou de l'avis donné, le créancier, pour faire courir le terme, devrait dénoncer sa volonté ou donner avis dans la forme convenue. Et, si aucune forme particulière n'avait été arrêtée, il pourrait établir, par tous les moyens de droit, même par la preuve testimoniale, qu'il a fait connaître sa volonté ou donné avis au débiteur.

On voit que la clause qui rend l'obligation exigible à la volonté du créancier, contient un terme indéterminé, puisque le jour où il aura cette volonté est incertain.

7. J'achète une propriété moyennant tel prix, que je dois payer lors de mon entrée en jouissance. Bien évidemment, on ne peut dire que la vente est subordonnée à une condition potestative de la part de l'acquéreur, à son entrée en jouissance, qu'il est maître d'empêcher ou de faire arriver. En effet, le

(1) Paris, 6 nov. 1854. Sirey, 55, 2, 607.
(2) Pothier, *Prêt*, n° 48.— Troplong, *Prêt*, n° 260.

vendeur a le droit de poursuivre la réalisation de la vente et le payement du prix, en constituant l'acquéreur en demeure de recevoir délivrance de la chose, et, en cas de difficulté, en l'assignant devant les tribunaux, qui ont alors à fixer un délai pour la prise de possession, et, en conséquence, pour le payement du prix (1). En définitive, il n'y a qu'un terme indéterminé qui, d'après la saine interprétation du contrat, n'est même pas entièrement soumis à la volonté de l'acquéreur.

8. Toute obligation conditionnelle contient un terme virtuellement, en ce sens que son existence ne peut être suspendue, sans qu'en même temps son exécution ne soit différée. Mais, aussitôt que la condition arrive, l'obligation est purifiée, et, si, outre la condition, aucun terme n'a été apposé, elle est rendue immédiatement exigible par l'évènement seul de la condition.

Mais l'obligation peut être sous condition et à terme tout à la fois. La condition porte alors sur l'obligation même, et le terme, sur le payement. Je m'oblige à faire ou à donner telle chose, si tel évènement arrive, un mois après l'arrivée de l'évènement; l'engagement est d'abord suspendu, et son exécution est ensuite retardée.

Mais le terme et la condition ne sont pas toujours aussi profondément détachés. Souvent le terme n'existe que comme joint confusément à la condition. Question de savoir alors, si l'accomplissement de la condition rend l'obligation immédiatement exigible, sans qu'il faille attendre l'expiration du délai pendant lequel la condition devait s'accomplir.

Si le terme n'a été apposé que pour déterminer le temps durant lequel la condition pouvait utilement se réaliser, l'obligation devient pure et simple, irrévocable et exigible, aussitôt que l'évènement est arrivé. Que si, au contraire, le terme, tout joint qu'il est à la condition, n'a pas eu seulement pour effet de déterminer le temps où la condition pouvait être accomplie, mais encore de différer l'exécution jusqu'à l'expiration du délai fixé, l'accomplissement de la condition ne rendra

(1) Cass., 9 nov. 1846. Sirey, 46, 1, 853.

point l'obligation immédiatement exigible, bien qu'à partir de ce moment-là elle soit pure et irrévocable.

Toute la difficulté consiste donc, en cette matière, à distinguer quand le terme est mis seulement à la condition, ou bien à l'obligation et à la condition tout à la fois. La clause peut en effet être conçue en termes obscurs et équivoques.

Vous vous êtes obligé à me construire une maison, dans le délai de deux ans, si tel évènement arrive; c'est comme s'il avait été dit, dans deux ans, à partir de l'évènement; à moins que des autres clauses du contrat et des circonstances extérienres, il ne résulte que le délai de deux ans est tout à la fois le terme durant lequel la condition doit s'accomplir, et l'obligation s'exécuter.

Si je me marie d'ici à trois ans, vous me payerez mille francs; je me marie six mois après. Je pourrai exiger les mille francs, sans attendre l'expiration des trois ans.

Il en serait autrement, s'il avait été dit que vous me payerez mille francs, d'ici à trois ans, si je me marie.

Vous me payerez tant, si je ne vais pas en Italie avant le mois de mai prochain; la somme promise pourra être demandée, aussitôt qu'il sera devenu certain par ma mort que je n'irai pas en Italie, sans qu'il soit besoin d'attendre jusqu'au mois de mai (1). Comme, dans ce cas, le terme n'est apposé qu'à la condition, aussitôt qu'elle est accomplie, la dette devient exigible.

Si, le 10 janvier, vous ne me donnez pas votre cheval, vous me donnerez deux cents francs. Le cheval périt; il est dès lors certain que la condition sera accomplie, c'est-à-dire que votre cheval ne me sera pas livré. Puis-je demander les deux cents francs, avant le 10 janvier? Non; je dois attendre l'expiration du terme, parce que l'obligation tout entière est sous condition et à terme, et que, si la condition accomplie purifie l'engagement, néanmoins le terme subsiste (2).

(1) L. 10, *ff. De verb. oblig.* — POTHIER, *Oblig.*, n° 237.

(2) L. 8, *ff. De verb. oblig.* — TOULLIER, T. 6, n° 617.

Voici un exemple posé par Pothier : « Si je me marie d'ici au 1er janvier 1758, pour lors vous me donnerez cent francs. Ces mots, pour lors, font entendre que le terme est apposé à la disposition, aussi bien qu'à la condition : c'est pourquoi, quoique j'aie accompli la condition en me mariant, je ne pourrai exiger la somme promise qu'après l'expiration du terme. »

Remarquons cependant que cette expression est équivoque. Ces mots, pour lors, peuvent sans doute se rapporter à la condition et à la disposition ; mais ils peuvent aussi ne se rapporter qu'à la condition seule, de telle sorte que la chose promise devient exigible, aussitôt que la condition est accomplie, sans qu'il faille attendre l'expiration du terme. Ces mots, pour lors, pouvant exprimer un évènement, un cas, aussi bien qu'un délai, on aurait tort de les assimiler absolument à ceux-ci, à cette époque, à l'expiration de ce délai, qui ne présentent aucune ambiguité (1).

Pothier a emprunté cette interprétation au droit romain. Voici, en effet, l'exemple sur lequel il a calqué le sien : *Si ita scriptum sit : si in quinquennio proximo filius Titio natus non erit, tum decem Seiæ hæres dato. Si Titius ante mortuus sit, non statim Seiæ decem deberi, quia hic articulus* TUM *extremum quinquennii tempus significat* (2) : Si, dans les cinq ans prochains, il n'est pas né un fils à Titius, pour lors, *tum*, mon héritier payera dix à Séia. Si Titius vient à mourir auparavant, Séia ne pourra pas exiger tout de suite le legs, parce que cette particule, pour lors, *tum*, exprime l'expiration des cinq ans.

Ainsi, cette particule, *tum*, était, dans la langue latine une expression de temps ; elle signifiait, à l'expiration de ce délai, *extremum tempus*. Mais peut-on la traduire par alors, pour lors? Ces particules ont-elles, en français, exactement

(1) TOULLIER, T. 6, n° 618.

(2) L. 4, § 1, *ff. De cond. et dem.* — Voy. encore l. 72, § 1, *ff. De verb. oblig.*

le même sens? Elles nous semblent, au contraire, avoir une acception ambigüe. Si elles peuvent exprimer l'arrivée d'une époque, l'expiration d'un délai, elles peuvent tout aussi bien signifier un cas, une circonstance, un évènement. Pour lors, alors, c'est-à-dire en ce cas, le cas échéant, dans cette circonstance. Leur emploi ne dispense donc pas absolument de recourir à l'interprétation.

9. Je vous donne aujourd'hui tant, si tel évènement arrive demain. C'est là ce qu'on appelait, en droit romain, une stipulation prépostère, *præpostere concepta,* parce que les termes en étaient conçus à l'envers, à rebours. Il y a, en effet, contradiction, à faire devancer par le terme l'évènement de la condition. Déclarée d'abord inutile, elle fut plus tard reconnue valide dans les conventions relatives à la dot. Justinien en étendit la validité aux contrats et aux dispositions testamentaires. Mais il faut toujours attendre l'évènement de la condition, et le terme antérieur est réputé non avenu (1).

Une semblable stipulation peut encore, suivant les circonstances, être censée faite sous une condition résolutoire, comme si elle était conçue en ces termes : je vous donne aujourd'hui tant, sauf résolution, si tel évènement n'arrive pas demain. Cette question reste ainsi soumise aux règles générales de l'interprétation.

10. Lorsque le terme est alternatif, le choix appartient au débiteur. Ainsi, il est convenu que vous me payerez tant, le 10 janvier ou le 10 février; c'est comme si j'avais stipulé, en février (2) : dans un an ou deux ; c'est comme si j'avais fixé le terme dans deux ans (3). Il en est ainsi du terme comme de l'obligation alternative. Vous me payerez dix ou quinze ; vous êtes libéré en me payant dix. C'est, dit la loi romaine, qu'on ne doit considérer dans les stipulations que l'obligation moin-

(1) Instit., *De inut. stip.*, § 14. — L. 25. C. *De test. et quemadm.*
(2) L. 12, *ff. De verb. oblig.*
(3) L. 109, *ff. De verb. oblig.*

dre et le terme le plus long, *quia in stipulationibus id servatur ut quod longius esse videretur in obligationem deductum.*

11. Il importe de déterminer le moment où le terme arrive à son échéance. Aucune difficulté ne se présente quand il est fixé par l'indication d'un jour précis. Par exemple, je vous payerai tant, le 1er janvier 1858, ou lorsque tel évènement arrivera. Il y aura tout au plus, dans ce dernier cas, quelque difficulté à déterminer, en fait, le jour où cet évènement se sera accompli. Mais cette précision ne se rencontre point dans tous les cas. Nous devons donc poser quelques règles de supputation.

Le terme se compte par jour, par mois ou par année, suivant que l'unité de durée, prise pour comparaison, est un jour, un mois ou une année. Tel est le cas où j'ai promis de vous payer tant, dans huit jours, dans trois mois, dans deux ans.

Le jour civil est de vingt-quatre heures, commençant et finissant à minuit (1).

Les heures ne comptent point, c'est-à-dire que le terme ne se calcule point d'heure à heure, et qu'il est arrivé lorsque son dernier jour est révolu.

Ce n'est pas que les parties ne puissent déterminer le terme convenu, par heures, ou même par un intervalle de temps plus court. Mais le contrat doit être exprès sur ce point. Le délai se compte alors d'heure à heure, *de momento ad momentum.*

Une heure est écoulée au premier coup de l'horloge qui sonne l'heure suivante (2).

Dans les vingt-quatre heures, dans les quarante-huit heures, signifie un jour, deux jours, à commencer non pas de l'heure à laquelle le contrat a eu lieu, mais de la fin civile, c'est-à-dire de minuit, du jour où il a été passé, sauf le cas où les parties auraient exprimé une intention contraire; ce qui pourra même résulter de la seule indication de l'heure à laquelle elles ont

(1) Merlin, Rép., vo *Date*, no 2. — Zachariæ, t. 1, pag. 109.

(2) Zachariæ, t. 1, pag. 109. — Merlin, Rép., vo *Prescript.*, sect. 2, § 1, no 3.

arrêté leur convention. Cette indication peut en effet, suivant les circonstances, avoir été faite précisément pour fixer le point de départ du terme, qui, dès lors, conformément à leur intention, doit se compter par heures.

Les mois se comptent, non par périodes égales de trente jours, mais date par date, de quantième à quantième, tels qu'ils sont établis par le calendrier Grégorien, qui est celui de l'État (1). Ainsi, le terme d'un mois expire du 15 décembre au 15 janvier.

Cependant, si le premier jour qui est compris dans le délai était le premier jour du mois lors prochain, le terme ne serait échu qu'à l'expiration du dernier jour du mois qui complète le terme. Ainsi, le délai de six mois à partir du 28 février, quand ce mois n'a que vingt-huit jours, expire le 31 août, à minuit, et non le 28, car il y aurait moins de six mois révolus. Au contraire, si le terme partait du 27 février, il serait expiré le 27 août. Cette différence tient à ce que le premier jour, le jour *a quo*, ainsi que nous le verrons plus loin, ne doit point être compté dans le terme.

L'année est de trois cent soixante-cinq jours, ou de trois cent soixante-six jours, quand elle est bissextile. Elle n'est accomplie que par sa révolution entière. Ainsi, l'année ne sera révolue, à partir du 28 février, que le 1er mars de l'année suivante, et non le 29 février, si cette année-là est bissextile (2).

12. Je vous payerai tant, dans la semaine, dans le mois, dans l'année, sans autre indication et d'une manière indéterminée; le terme embrasse le délai d'une semaine entière, d'un mois entier, d'une année entière, à partir du jour pris pour point de départ.

Mais il peut aussi ne comprendre que ce qui reste à courir de la semaine, du mois ou de l'année, et alors il ne sera échu

(1) Art. 132, C. comm. — TOULLIER, T. 6, n° 683. — ZACHARIÆ, T. 1. pag. 110 et 446 — Cass., 27 déc. 1811. SIREY, 12, 1, 199. — 12 mars 1816. SIREY, 16, 1, 331. — 21 juill. 1818. SIREY, 19, 1, 237.

(2) ZACHARIÆ, T. 1, pag. 111.

que lorsque le dernier jour de la semaine, du mois ou de l'année sera accompli (1).

A ce propos, nous observons que le dimanche clot la semaine précédente, et ne commence point la semaine qui suit.

L'ambiguité de ces termes donnera donc lieu fort souvent à des questions d'interprétation. Les juges examineront alors les diverses circonstances, et verront surtout si le restant de la semaine, du mois ou de l'année constituait, eu égard à l'importance et à la nature de l'obligation, un terme raisonnable et suffisant.

Mais, s'il était dit, une semaine, un mois, une année, ce serait une semaine, une année, un mois entiers.

Pas de difficulté non plus s'il était dit, dans la semaine, dans l'année, dans le mois prochains.

13. Le jour pris pour point de départ du terme, qu'on appelle *dies a quo*, ne compte point dans le délai, *non computatur in termino* (2).

Il est indifférent que l'on dise, dans un mois, dans un an simplement, ou que l'on ajoute, d'ici, d'aujourd'hui, de ce jour, à partir de ce jour. Ainsi, je m'oblige le 1er juillet 1847, à payer tant, dans un mois, dans un an; le terme expire le 1er août 1847, ou le 1er juillet 1848, sans que j'aie besoin d'ajouter, ce jour non compris, ou à pareil jour dans un mois, dans un an.

Cependant, les parties peuvent, expressément ou tacitement, comprendre dans le terme le jour qui lui sert de point de départ, *dies a quo*. Il y a même de certaines locutions usuelles qui l'emportent sur la supputation légale. Telles sont ces expressions, d'aujourd'hui ou de tel autre jour, en huit, en quinze jours..... Le terme expire le huitième ou le quinzième jour semblable, correspondant d'une semaine à l'autre, et ne se

(1) L. 42, *ff. De verb. oblig.*

(2) TOULLIER, T. 6, n° 682. — TROPLONG, *Hyp.*, n°s 294 et suiv. — ZACHARIÆ, T. 1, pag. 111. — *Contrà*, MERLIN, Rép., v° *Délai*, sect. 1, § 3, n° 1.

trouve être, en définitive, que de sept ou quatorze jours francs. C'est comme s'il était dit, dans le délai d'une ou de deux semaines.

14. Le Code de commerce a déterminé avec soin l'époque à laquelle une lettre de change ou un billet à ordre vient à échéance (129 et suiv.). De ces dispositions, les unes sont applicables aux obligations civiles, les autres ne le sont point. Ainsi, d'après l'article 133, une lettre de change payable en foire, est échue la veille du jour fixé pour la clôture de la foire, ou le jour de la foire si elle ne dure qu'un jour. Il ne saurait en être ainsi de l'échéance d'une obligation civile stipulée payable en foire. Elle ne serait à échéance, que le jour de la foire, ou le dernier jour fixé pour la clôture de la foire, si la foire dure plusieurs jours. Tant que la foire n'est pas close, le débiteur est dans le délai, et ce n'est que par une restriction exceptionnelle, que le Code de commerce fixe, pour les lettres de change et les billets à ordre, l'échéance à la veille du jour fixé pour la clôture. Mais ceci peut dépendre de l'usage des lieux.

Si l'échéance d'une lettre de change est à un jour férié légal, elle est payable la veille (134). Cette disposition est encore toute spéciale, et ne peut être étendue aux matières civiles. Il importe peu que le dernier jour du terme soit ou non un jour férié légal; on ne doit jamais, sous ce prétexte, abréger le délai.

15. S'il était dit : je vous payerai vers telle époque, vers la fin de l'année, du mois, de la semaine; l'échéance n'arrive qu'au jour fixé, qu'à la fin de l'année, du mois ou de la semaine. C'est comme si les parties avaient dit, au plus tard, à telle époque. La clause ne contient, en effet, aucune fixation approximative qui autorise les juges à allonger les délais de quelques jours pris sur l'année, le mois ou la semaine qui suit. S'ils prorogeaient ainsi le délai, ils feraient violence aux termes de la convention. Mais ils pourraient, suivant les circonstances, accorder un délai de grâce.

Mais si les parties avaient ajouté, un peu plus tôt ou un peu

plus tard, ces mots exprimeraient alors une fixation simplement approximative d'un terme, que les juges auraient à préciser d'après les circonstances. Le créancier ne devra donc pas exiger le payement juste au jour indiqué, puisque le terme n'est qu'approximatif. S'il agissait immédiatement, et que les juges prorogeassent le délai, son action serait, quant à présent, repoussée comme prématurée. Car il ne s'agit point d'accorder au débiteur un terme de grâce, mais de préciser le terme de droit.

Quand la fixation du terme n'est ainsi qu'approximative, les juges ont un pouvoir arbitraire d'appréciation, sur l'extension qu'il convient de lui donner. Mais, comme ils ont à déterminer un délai de droit, ils doivent uniquement interroger la commune intention des parties, au moment de leur convention. Le créancier, en consentant d'avance à une prorogation indéterminée, a sans doute pris lui-même en considération les circonstances qui pourraient rendre plus tard cette prorogation indispensable ou utile à son débiteur. Mais les juges doivent se garder, sous prétexte d'équité, de toute exagération dangereuse et abusive. S'ils ont, dans ce cas, une certaine latitude, ils doivent en user avec d'autant plus de mesure et de modération, qu'ils peuvent tempérer la rigueur du terme de droit, une fois précisé, par la concession d'un délai de grâce, dont les conséquences sont essentiellement différentes.

16. Il y a même de certains engagements qui, contenant tacitement un terme de droit, laissent nécessairement aux juges le soin de suppléer, à cet égard, le silence des parties. Tels sont les cas divers de termes tacites ou implicites. Lorsqu'elles ne les ont pas expressément précisés, ils doivent le faire à leur place, en appréciant les circonstances. Mais nous remarquons encore qu'il s'agit de la précision d'un terme de droit, et non de l'octroi d'un terme de grâce.

17. Le dernier jour, qu'on appelle *dies ad quem*, ou le dernier instant du terme, si le terme se compte par intervalles plus petits qu'un jour, est tout entier compris dans le délai.

Le terme n'est révolu que lorsque ce jour ou cet intervalle est lui-même tout entier révolu. Ainsi, le débiteur a pour exécuter son engagement jusqu'à la dernière minute, inclusivement, du terme fixé. Ce n'est qu'après son expiration que le terme est à échéance, et que le débiteur est en retard. Si donc le terme est au 15 juin, toute la journée du 15 juin y est comprise, et il n'est expiré qu'à minuit. Et, s'il est au 15 juin, à midi, il n'est échu qu'au premier coup sonnant de cette heure de midi (1).

18. Le terme ne suspend point l'engagement; il en retarde seulement l'exécution (1185). De là cette conséquence, consacrée par les dispositions expresses de l'article 1186, ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance du terme. C'est dans ce sens que l'on dit, qui a terme ne doit rien, non pas pour signifier que l'on ne doit rien, quand on doit à terme, mais seulement que l'on ne peut pas être contraint à payer, tant que le terme n'est pas échu. *Dies adjectus efficit ne præsenti die pecunia debeatur*, le terme fait que l'obligation n'est pas immédiatement exigible (2); tandis, au contraire, que lorsque l'obligation est sans terme, elle est exigible présentement, *in omnibus obligationibus in quibus dies non ponitur, præsenti die debetur* (3).

Lorsqu'une dette est divisément payable à plusieurs termes successifs, il y a, bien que la cause de la dette soit une, autant de dettes, sous le rapport de l'exigibilité, qu'il y a de fractions partiellement et successivement payables à des délais différents. Il faut, en conséquence, appliquer à chacune d'elles les mêmes principes qu'à une obligation unique et non divisée, payable tout entière à un seul et même terme.

19. L'échéance seule du terme rend la dette exigible. Tant qu'il n'est pas expiré, le payement ne peut être exigé; et cette

(1) Zachariæ, t. 1, pag. 111. — Toullier, t. 6, n° 681.
(2) L. 41, § 1, *ff. De verb. oblig.*
(3) L. 14, *ff. De reg. jur.*

inexigibilité ne comprend pas seulement les actes de poursuites et d'exécution, mais encore la simple mise en demeure. Il n'y a point, en effet, de retard à constater, tant que le débiteur est dans les délais qui lui ont été accordés. De ce que le terme diffère ainsi l'exercice des actions du créancier, il semble rigoureusement résulter que celui-ci est destitué absolument de l'exercice de toute action contre le débiteur, tant que le terme n'est pas échu.

Cependant, comme d'une part, malgré le terme, l'obligation subsiste, et que, d'autre part, le terme a pour objet principal et unique d'empêcher que le débiteur ne puisse être, malgré lui, contraint à payer avant l'échéance, il est juste et équitable d'autoriser le créancier à agir plus tôt, pour se mettre en mesure d'assurer le payement de l'obligation à l'échéance. Le créancier n'exigeant point alors de payement anticipé, ne prenant, au contraire, que des mesures conservatoires et préparatoires, le débiteur qui n'en éprouve aucun préjudice, ne saurait être fondé à s'en plaindre.

Bien qu'il semble, au premier abord, qu'on ne puisse demander une vérification d'écriture ou de signature que dans le cours d'une instance, à l'occasion d'une poursuite en payement, et lorsque cette écriture ou cette signature est déniée ou méconnue, cependant le créancier, sans attendre l'échéance du terme, peut, sans permission du juge, sans essai préalable de conciliation (49, 7°, C. pr.), faire assigner le débiteur, à trois jours, pour avoir acte de la reconnaissance, ou pour faire tenir l'écrit pour reconnu. (193, C. pr.). C'est qu'en effet il peut concevoir des inquiétudes sur l'avenir, soit par un sentiment de défiance plus ou moins fondée contre la personne du débiteur, soit à raison des difficultés de la preuve, si elle était retardée.

Si le défendeur ne dénie pas la signature, tous les frais relatifs à la reconnaissance ou à la vérification, même ceux de l'enregistrement de l'écrit, seront à la charge du demandeur. (193, C. pr.).

Si le défendeur ne comparaît pas, il sera donné défaut, et

l'écrit sera tenu pour reconnu; si le défendeur reconnaît l'écrit, le jugement en donnera acte au demandeur. (194, C. pr.).

En l'absence de toute mauvaise contestation de la part de son adversaire, le créancier fait ainsi les frais de la sécurité qu'il a voulu se donner.

Mais pourra-t-il prendre immédiatement et avant l'échéance inscription hypothécaire, en vertu du jugement qui tient l'écrit pour reconnu, ou a donné acte de la reconnaissance? De graves difficultés se sont, dans le principe, élevées à ce sujet. La Cour de cassation, se fondant sur les termes généraux de l'article 2123, avait décidé que le jugement portant reconnaissance ou vérification d'écriture privée, constituait, au profit de celui qui l'avait obtenu, un droit d'hypothèque judiciaire, pour laquelle il pouvait prendre inscription, avant l'exigibilité de la dette. D'autre part, divers arrêts de Cours d'appel avaient jugé, au contraire, que l'inscription ne pouvait être régulièrement et utilement prise qu'après, parce que le créancier s'étant contenté d'un engagement sous signature privée, ce serait altérer la convention et violer la loi du contrat.

La loi du 3 septembre 1807 a tranché la question ; elle porte : « lorqu'il aura été rendu un jugement sur une demande en reconnaissance d'obligation sous seing privé, formée avant l'échéance ou l'exigibilité de ladite obligation, il ne pourra être pris aucune inscription hypothécaire en vertu de ce jugement, qu'à défaut de payement de l'obligation, après son échéance ou son exigibilité, à moins qu'il n'y ait eu stipulation contraire.» Le contrat est ainsi maintenu, et la force des décisions judiciaires en même temps consacrée, par une juste et équitable conciliation des principes.

L'article 2 ajoute que les frais relatifs à ce jugement ne pourront être répétés contre le débiteur, que dans le cas où il aura dénié sa signature. Quant aux frais d'enregistrement de l'écrit, ils seront également à la charge du débiteur, lorsqu'il aura dénié sa signature, ou lorsqu'il aura refusé de se libérer après l'échéance ou l'exigibilité de la dette.

20. La loi de 1807 est générale; elle s'applique aux matières commerciales, comme aux matières civiles. La déclaration du 2 janvier 1717 avait, il est vrai, déclaré les articles 92 et 93 de l'ordonnance de 1539, inapplicables aux matières de commerce; mais l'ordonnance de 1539, à la différence de la loi de 1807, accordait hypothèque du jour de la sentence ou de la dénégation du débiteur. Or, la déclaration de 1717 avait précisément pour objet de remédier aux inconvénients et aux abus qui en résultaient, et qui n'existent plus sous l'empire de la législation actuelle (1).

21. Le débiteur, assigné en reconnaissance, peut se borner à reconnaître l'écriture et la signature, en se réservant de faire valoir tous autres moyens de fait et de droit contre l'obligation, soit pour dol, violence, incapacité personnelle, défaut ou illégalité de cause, soit enfin pour vices de forme de l'écrit lui-même. Ces points réservés donneront lieu, plus tard, à un autre débat, si mieux il n'aime le provoquer lui-même, ou l'accepter d'ores et déjà, sur l'initiative du demandeur.

22. Le jugement de reconnaissance obtenu contre le débiteur, contient une véritable condamnation emportant voie parée d'exécution, lors de l'échéance ou de l'exigibilité de la dette. Le créancier y trouve ainsi un avantage qui devient plus sensible, si la dette, comme une rente, est payable ou consiste en divers termes successifs. Il peut, en effet, conclure à ce que le débiteur soit condamné à lui payer les termes échus, ensemble ceux à échoir; et il agira par voie d'exécution parée en vertu du jugement, au fur et à mesure de leurs échéances. Cette conséquence résulte virtuellement des dispositions de la loi de 1807, puisqu'elle reconnaît en sa faveur l'existence d'une hypothèque judiciaire, et que cette hypothèque suppose nécessairement une condamnation prononcée (2).

23. Si l'obligation sous signature privée était payable en

(1) TOULLIER, T. 6, n° 663, et T. 8, n° 225.
(2) TOULLIER, T. 6, n° 665.

divers termes, dont l'un ou plusieurs fussent échus, le créancier, concluant contre le débiteur à ce qu'il soit condamné à lui payer les termes échus et ceux à échoir, n'aurait à supporter aucuns des frais de l'instance, alors même que le débiteur aurait reconnu l'écriture et la signature. Son action étant fondée sur le non payement d'un ou de plusieurs termes exigibles, il a eu raison de poursuivre; et la loi de 1807 cesse dès lors d'être applicable, dans les dispositions relatives aux dépens.

24. Cette loi ne s'occupe spécialement que du cas où le débiteur est assigné en reconnaissance d'une obligation sous signature privée. S'ensuit-il que le créancier ne puisse, usant de ses dispositions, assigner le débiteur avant l'échéance, non pas en payement, mais en reconnaissance, affirmation, constatation de la dette, alors que l'obligation est simplement verbale ou par acte authentique? Pourquoi ne le pourrait-il pas? Il n'exige pas immédiatement le payement; il se borne à faire reconnaître ses droits, offrant expressément de différer l'exécution des condamnations prononcées, jusqu'à l'échéance ou l'exigibilité. Le débat s'engage alors sur les diverses contestations que le défendeur peut élever, contre l'existence ou la validité de son engagement prétendu. Le jugement qui en reconnaît l'existence ou la validité emporte, comme au cas spécial de la loi de 1807, voie parée d'exécution et hypothèque, à défaut de payement lors de l'échéance ou de l'exigibilité. Pour achever l'assimilation, nous ajoutons que, si le débiteur ainsi assigné ne conteste pas, les frais sont à la charge du demandeur. Il nous semble donc que le débiteur ne saurait repousser cette demande, parce qu'elle ne tend nullement à le priver du bénéfice du terme, et que le créancier ne fait que veiller, à ses frais, sauf le cas d'injuste contestation, à la conservation et à la sûreté de ses droits.

M. Toullier (1) reconnaît, en faveur du créancier à terme,

(1) T. 6, n° 664, et T. 8, n° 226.

le droit de demander, avant l'échéance, la condamnation du débiteur, sauf à n'exiger le payement qu'à l'échéance. Mais il en limite l'exercice au cas où la conduite du débiteur est de nature à faire suspecter sa bonne foi et sa ponctualité. Cette distinction, colorée d'équité, ne nous paraît nullement fondée en droit. Si le terme suffit pour repousser l'action, les autres circonstances ne doivent être d'aucune considération, à moins qu'elles n'emportent, conformément à l'article 1188, la déchéance du terme. Si, au contraire, le terme est insuffisant par lui-même, à raison de certaines circonstances favorables, pour empêcher le créancier d'agir avant l'échéance, il doit l'être, dans tous les cas, pourvu que l'action n'ait pour but que la reconnaissance de la dette, et ne tende point à une exécution actuelle et immédiate.

Or la loi de 1807 ne subordonne point l'action du créancier aux inquiétudes plus ou moins fondées que peut lui inspirer la conduite du débiteur. Il suffit qu'il soit ou même qu'il se croie intéressé à assurer, d'avance et par précaution, l'exercice de son droit, pour que son action soit recevable. Autrement, le créancier par acte sous signature privée jouirait d'un droit et d'une faveur qui n'existeraient pour aucun autre. Cette inégalité de conditions ne saurait se fonder sur rien de sérieux. Aussi, la loi de 1807 nous paraît-elle contenir l'expression du droit commun, et en faire l'application à un cas spécial, sans exclure les cas parfaitement analogues.

Nous en concluons donc que le créancier peut toujours assigner le débiteur en condamnation avant l'échéance du terme, pourvu qu'il ait soin d'ajouter que l'exécution en sera différée jusqu'à l'échéance ou l'exigibilité. Pourquoi lui refuserait-on une sécurité dont il veut bien faire les frais, sans dommage pour le débiteur? Nous venons de prononcer le mot de condamnation; c'est qu'en effet il y a une véritable condamnation dans tout jugement qui reconnaît ainsi l'existence et la validité d'une dette, bien que l'exécution doive en être différée.

25. Si, au lieu d'assigner simplement en reconnaissance, af-

firmation, déclaration, constatation de la dette, le créancier concluait à une condamnation pure, simple et actuelle, avant l'échéance du terme, le débiteur n'aurait qu'à opposer l'existence du terme stipulé en sa faveur. Il lui procure, en effet, une exception péremptoire. Le débiteur obtiendrait donc congé de la demande, quant à présent, avec dépens contre le demandeur, sauf à celui-ci à poursuivre après l'échéance.

Cependant, si au lieu de se prévaloir de la non exigibilité de la dette, le débiteur allait jusqu'à en dénier l'existence, le débat, se trouvant engagé sur ce point, le créancier serait admis à conclure à ce que la dette fût reconnue, et le débiteur condamné, sans que toutefois le payement pût être exigé, ou l'hypothèque judiciaire inscrite, avant l'échéance ou l'exigibilité; car le terme de droit s'y oppose (1).

26. Si l'action en payement avait été intentée avant l'échéance, et que le terme vînt à échoir durant l'instance, sans que le débiteur eût payé, les juges devraient-ils le condamner purement et simplement, comme si dès le principe l'action n'avait pas été prématurée?

La loi romaine (2) décide l'affirmative. Elle pose cette question : une action en pétition d'hérédité est formée contre une personne qui la doit à terme ou sous condition; doit-elle être condamnée? Oui, si l'exigibilité est venue au moment où le jugement se prononce ; non, si l'exigibilité n'est pas arrivée, sauf au juge à prendre des précautions pour assurer le payement lors de l'échéance ou de l'exigibilité. Et elle applique le même principe au cas de stipulation conditionnelle. Suivant elle, l'action n'était donc mal fondée que parce que le jugement de condamnation manquait de base. Or, l'échéance du terme, quoique postérieure à l'introduction de la demande, lui en assure désormais une qui est acquise et certaine. Le débiteur n'a qu'à payer pour éviter cette condamnation; et s'il paye exactement à l'échéance, le demandeur supportera tous

(1) Toullier, t. 6, n° 664.
(2) L. 16, *ff. De pet. hæred.*

les dépens, et devra même, suivant les cas, des dommages et intérêts (1).

Nous ne saurions partager cette opinion de M. Toullier. Notre procédure française n'admet pas, en effet, ce système de garanties, de cautionnements, de mesures conservatoires, que la loi romaine plaçait dans l'office du juge. Elle n'admet pas non plus ce principe, qu'il ne faut considérer que le temps où le jugement est rendu. Comme, sous notre droit, les jugements ont un caractère simplement déclaratif, il faut se reporter, pour apprécier les droits des parties, au temps où la demande a été introduite, et à l'état de la cause au moment où l'action a été formée. Or, dans notre hypothèse, la dette étant inexigible, le demandeur ne pouvait conclure à une condamnation actuelle et présente. L'inexigibilité procurait au défendeur une exception péremptoire qui devait faire rejeter la demande, et le vice originaire de l'action n'a pu être couvert par les évènements ultérieurs. Car ils ne peuvent faire que la demande n'ait pas été formée prématurément, dans un temps où elle n'était pas encore venue à échéance.

27. Si l'on suppose enfin, à la place d'une demande judiciaire, un acte de poursuite antérieur à l'échéance du terme, auquel le débiteur s'est empressé de faire opposition, inutilement le terme sera venu plus tard à échéance. La poursuite n'en aura pas été moins irrégulière dans le principe, et devra être annulée. Le mérite de l'opposition doit en effet s'apprécier, eu égard à l'état actuel des choses, au moment de la poursuite.

28. Ce que nous venons de dire de l'action intentée par le créancier, avant l'échéance du terme, il faut l'appliquer à l'action intentée, avant l'accomplissement de la condition. Les raisons de décider sont les mêmes. Car, dans l'un comme dans l'autre cas, le créancier a droit et intérêt à veiller à la conservation de ses droits, pourvu qu'il le fasse sans dommage pour

(1) TOULLIER, T. 6, n° 664.

le débiteur. En employant les mots, échéance et exigibilité, la loi de 1807, à moins d'une redondance injustifiable, prévoit le cas d'une condition, comme celui d'un terme. Le créancier conditionnel pourra donc agir, comme le créancier à terme, dans les mêmes cas, de la même façon et avec les mêmes effets. Mais, si la condition se réalise seulement durant l'instance, les juges ne devront pas condamner le débiteur, à défaut de payement à l'échéance, l'action ayant été prématurée dans son principe.

29. Au surplus, le créancier à terme peut, avant l'échéance, faire tous les actes conservatoires qui sont permis au créancier conditionnel (1).

30. Il est évident que, si le créancier ne peut exiger payement avant l'échéance du terme, c'est uniquement dans le cas où le terme a été stipulé en faveur du débiteur. S'il n'intéressait en effet que le créancier exclusivement, celui-ci pourrait en devancer l'échéance, sans que le débiteur pût lui opposer qu'il n'est pas échu. Dans ce cas, malgré la stipulation d'un délai, l'obligation est réellement exigible à la volonté du créancier, puisqu'il est en droit de renoncer à une stipulation dont le bénéfice est tout entier exclusivement en sa faveur.

Ainsi, le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, lors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution (1944) (2); à moins qu'il n'existe entre les mains du dépositaire, une saisie-arrêt ou une opposition à la restitution et au déplacement de la chose déposée (1944); à moins que la chose déposée ne soit pas au lieu où la restitution doit se faire, un délai étant indispensable pour l'y conduire ou transporter; à moins que le dépositaire n'ait fait des impenses qui autorisent la rétention; à moins que les héritiers du déposant ne s'accordent pas pour le retrait de la chose déposée indivisible (1939); ou qu'enfin le réclamant ne jus-

(1) Voy. 1180, n° 2.
(2) L. 2, § 45, *ff. Dep.*

tifie point de sa qualité et de sa capacité (1940, 1941, 1938).

Nous citerons encore le dépôt irrégulier, c'est-à-dire celui où il est convenu, à la différence du dépôt ordinaire, que le dépositaire pourra se servir des choses déposées, à la charge par lui de les restituer en égales quantité, nature et bonté (1).

Enfin, comme le bienfait ne doit pas tourner au préjudice du bienfaiteur, le prêteur, en cas de commodat, s'il lui survient un besoin pressant et imprévu de sa chose, peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre, avant l'échéance du terme fixé, ou avant que le besoin de l'emprunteur ait cessé (1888, 1889).

31. Le créancier doit attendre que le terme soit expiré avant d'exiger payement, alors même qu'il serait certain, avant son échéance, que le débiteur est dans l'impossibilité de satisfaire, dans les délais fixés, à son obligation. Ceci est vrai, du moins dans tous les cas où l'événement qui rend d'ores et déjà l'inexécution certaine, n'est pas de ceux qui, aux termes de l'article 1188, font déchoir le débiteur au bénéfice du terme.

Vous vous êtes obligé à me construire une maison dans le délai de deux ans. Votre obligation ne deviendra exigible qu'à l'expiration de ces deux ans, quand bien même il ne vous resterait évidemment pas assez de temps pour achever la construction du bâtiment. Papinien en donne la raison (2); c'est qu'on ne peut dénaturer après coup, *ex post facto*, la convention dont le terme a été fixé dans le principe.

Mais, si le stipulant avait marqué diverses époques auxquelles la construction devait atteindre certains degrés d'avancement, il pourrait, à chacun de ces termes, agir contre le promettant, si son obligation n'était pas exécutée, parce qu'alors elle est devenue exigible.

32. Nous avons vu que le terme n'est échu que lorsque son dernier moment est accompli. C'est donc seulement le lende-

(1) POTHIER, *Dépôt*, n° 83.
(2) L. 121, *ff. De verb. oblig.*

main du jour de l'échéance, si le terme se compte par jour, ou dans l'heure qui suit celle de l'échéance, si le terme expire à une heure déterminée, que le créancier peut, au plus tôt, mettre le débiteur en demeure, le poursuivre en payement, exercer contre lui pleinement ses droits et actions (1).

C'est par application de ce principe, que l'art. 162, C. comm., porte que le refus de payement d'une lettre de change doit être constaté par protêt, le lendemain du jour de l'échéance.

33. Lorsque la dette est payable au domicile du créancier, ou à tout autre domicile convenu, le créancier n'a qu'à attendre, par lui-même ou par mandataire, que le débiteur vienne, aussi par lui-même ou par mandataire, effectuer payement. S'il ne vient pas à l'échéance, il manque à son engagement. S'il se présente et qu'il ne rencontre personne à qui il puisse payer valablement, l'inexécution de son obligation ne peut lui être imputée, puisqu'il n'y a point de sa faute. Le créancier pourra sans doute, après l'échéance, le constituer en demeure, et le poursuivre en payement; mais il sera fondé, pourvu qu'il paye sur les premières poursuites, ou qu'il fasse des offres suffisantes, à répondre au créancier que, s'il n'a pas été payé à l'échéance, c'est par sa faute et sa négligence personnelle. Et ce dernier devra être condamné, dans ce cas, aux frais d'une poursuite illégitime.

Si, au contraire, le payement doit avoir lieu au domicile du débiteur, le créancier doit, au jour de l'échéance, s'y présenter en personne ou par mandataire, pour recevoir payement. Aussi, le porteur d'une lettre de change doit-il en exiger le payement, le jour de son échéance (161, C. comm.). S'il ne s'est pas présenté, et que plus tard il poursuive le débiteur, celui-ci pourra mettre les frais à la charge du créancier, comme étant le résultat d'une poursuite injuste et illégitime, pourvu qu'il ait satisfait à son obligation ou fait des offres suffisantes, tout de suite, sur le premier acte, et, en outre, pourvu qu'il justifie

(1) Toullier, t. 6, n° 681. — Duranton, t. 11, n° 111. — Zachariæ, t. 1, pag. 112, et t. 2, pag. 308.

que, si le créancier n'a pas été désintéressé plus tôt, c'est uniquement faute par lui de s'être présenté à l'échéance ou depuis, pour recevoir payement.

Quoi qu'il en soit, s'il était contesté que le débiteur se fût présenté au lieu convenu pour effectuer le payement, ou que le créancier s'y fût présenté lui-même pour le recevoir, l'un et l'autre pourraient en justifier par toutes les voies de droit, même par la preuve testimoniale. Ce n'est pas, en effet, d'une mise en demeure qu'il s'agit, mais seulement d'une question relative aux frais de la poursuite dirigée contre le débiteur. Et cette question en contient une autre de faute ou de négligence, qu'il importe de vérifier et d'apprécier, comme toute simple question de fait.

34. Bien que le créancier ne puisse exiger avant l'échéance ce qui n'est dû qu'à terme, cependant, ce qui a été payé d'avance ne peut être répété (1186).

Il n'y a même pas à distinguer si ce payement anticipé a eu lieu par erreur, ou en connaissance de cause. Les termes de l'article 1186 sont généraux et ne font aucune distinction (1). On ne peut dire, en effet, que le payement ait eu lieu sans cause, puisque la dette existe, bien que le terme autorise le débiteur à en différer le payement.

Et c'est là une nouvelle différence entre le terme et la condition. Le payement fait par erreur, avant l'accomplissement de la condition, peut en effet être répété comme effectué sans cause (2).

Si des intérêts avaient été englobés dans le capital, et que le débiteur eût payé par erreur, avant le terme, sans opérer, suivant son droit supposé (3), une retenue correspondante sur les intérêts, il pourrait les répéter, jusqu'à due concurrence, comme payés sans cause (4).

(1) L. 10, *ff. condict. ind.* — Duranton, t. 11, n° 113. — Toullier, t. 11, n° 59. — Zachariæ, t. 3, pag. 185. — *Contrà*, Marcadé, art. 1186 et 1377, n° 3.

(2) Voy. 1181, n° 5.

(3) Voy. 1187, n° 5.

(4) Voy. 1376, n° 14.

35. Mais si la somme due à terme n'était point productive d'intérêts, et qu'elle eût été payée avant l'échéance, même par erreur, le débiteur ne pourrait demander au créancier, au choix de ce dernier, soit la restitution de la somme, soit l'indemnité d'un escompte. M. Duranton (1) lui reconnaît néanmoins ce droit. Mais, à son opinion, qu'il avoue être contraire à l'opinion générale, il suffit d'opposer les termes généraux de l'article 1186. Et, quant aux raisons d'équité sur lesquelles il la fonde, on peut dire qu'elles sont trop variables et trop inconstantes au gré des circonstances, pour autoriser une exception repoussée d'ailleurs par le texte de la loi. Le créancier peut, en effet, avoir consommé les choses reçues, les avoir laissées improductives, n'en avoir retiré aucun profit, s'il ne les a même pas perdues et inutilement dissipées. Du reste, il n'a pas reçu sans cause, et, si plus tard il a retiré du payement quelque avantage, il l'a retiré d'une chose qui lui appartenait véritablement, et de l'usage plus ou moins industrieux qu'il a pu en faire, à ses risques et périls.

Il est bien évident que nous ne confondons pas ce cas avec celui où le payement effectué par anticipation se résumerait, en réalité, en une renonciation à un droit de jouissance et d'usufruit. Il y aurait alors une renonciation, non plus simplement au bénéfice du terme, mais bien à un droit caractérisé, et, en conséquence, il y aurait lieu à répétition, pour cause d'erreur et d'indû payement.

36. Il faut excepter toutefois les cas de dol et de violence, qui ouvriraient en faveur du débiteur le droit de demander, tant que le terme n'est pas échu, la restitution de la chose, et même des dommages et intérêts.

Il faut excepter encore les cas où le débiteur serait atteint d'un vice d'incapacité, qui l'empêche de faire un payement valable. Si le droit de répétition de l'indû cesse dans le cas où une obligation a été acquittée avant l'échéance du terme, c'est uniquement lorsque cette répétition se fonde sur le seul motif

(1) T. 11, n° 113.

de l'anticipation, sans préjudice du cas où le payement a consisté en choses fongibles que le créancier a consommées de bonne foi. (1238).

37. Nous croyons utile de parler ici, en forme d'appendice à la théorie des obligations à terme, du droit de rétention ou d'insistance que la loi accorde, dans certains cas, au débiteur de la chose sur laquelle ce droit s'exerce.

Lorsque des engagements corrélatifs existent réciproquement sans fixation d'exigibilité, l'exécution doit, de part et d'autre, s'en faire simultanément. Car aucune des parties ne peut être contrainte à exécuter son engagement, avant que l'autre n'exécute le sien. Aucune d'elles n'ayant suivi la foi de l'autre, elles sont également en droit de s'en tenir rigoureusement à une exécution simultanée. Il n'y a ainsi que l'exécution d'un côté qui crée l'exigibilité de l'autre; et de là il suit que le retard de l'une des parties produit le bénéfice d'un terme en faveur de l'autre.

Le bénéfice de ce terme aboutit à un droit de rétention, sorte d'exception de dol. Chaque partie est en droit de retenir ce qu'elle doit payer, jusqu'à ce que l'autre ait payé ce qu'elle doit. Ce terme est sous-entendu dans tout contrat synallagmatique, pourvu qu'il n'ait été rien prévu à cet égard, de même que la condition résolutoire y est sous-entendue, pour le cas où l'une des parties ne satisfait pas à ses engagements (1184). A ce point de vue, cette question de rétention rentre dans la théorie des conditions résolutoires tacites. Cependant, comme l'exercice de ce droit ne résout pas le contrat, mais ne fait qu'en retarder l'exécution, il produit, sous ce dernier rapport, les effets d'un véritable terme; et c'est à ce titre que nous en parlons ici.

Ce droit ne peut exister que dans le cas où le contrat est muet sur l'exigibilité des obligations réciproques. Si, en effet, il résulte de la convention que l'une des parties doit payer tout de suite ou à tel jour déterminé, et l'autre partie, à une époque différente, comme alors celle qui doit exécuter la pre-

mière a suivi la foi de l'autre, il n'y a pas lieu, de sa part, à l'exercice d'un droit de rétention qui serait contraire aux clauses du contrat.

Telles sont les dispositions de l'article 1612 : « le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paye pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le payement. » Il retient alors la chose par l'effet d'une sorte de gage ; *venditor enim quasi pignus retinere potest rem quam vendidit* (1).

Mais ce n'est là que l'application au cas de vente d'un principe général, et commun à tous les contrats synallagmatiques. L'article 1613 ajoute : « le vendeur ne sera pas non plus obligé à la délivrance, quand même il aurait accordé un délai pour le payement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix ; à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme. » C'est qu'alors l'acheteur ne peut réclamer le bénéfice du terme (1188).

Ce sont là les cas les plus simples où le droit de rétention puisse s'exercer. Il s'exerce, pour ainsi dire, sur le seuil même du contrat et avant toute exécution, à raison de la réciprocité et de la corrélation des engagements. Car, si les obligations respectives n'étaient que simultanées, sans rapport entre elles, il y aurait autant d'obligations distinctes, isolées dans leur exécution, comme elles le seraient dans leur cause et dans leur principe. L'inexécution d'un côté n'autoriserait pas l'inexécution de l'autre, c'est-à-dire le droit de rétention.

38. Mais ce droit existe dans plusieurs autres cas spécialement prévus par le Code. Ainsi, les fermiers ou locataires ne peuvent être expulsés, soit par le propriétaire ou par l'acquéreur, qu'ils ne soient payés par le bailleur ou, à son défaut, par le nouvel acquéreur, des dommages et intérêts qui leur sont dus, lorsque le droit d'expulsion a été réservé par le bail (1749). Ils ne peuvent être expulsés, c'est-à-dire sont dis-

(1) L. 13, § 8, *ff. De empt. act.*

pensés d'exécuter l'obligation de rendre la chose louée, sont autorisés à la retenir. Ce droit de rétention existe en leur faveur, parce que le payement de l'indemnité est une obligation corrélative à celle de quitter les lieux, et que le bailleur ou son ayant-cause ne peut user de son droit, qu'en satisfaisant lui-même aux obligations qui lui sont imposées en conséquence de son exercice.

Le vendeur qui use de la faculté de rachat, doit rembourser non seulement le prix principal, mais encore les frais et loyaux coûts de la vente, les réparations nécessaires et celles qui ont augmenté la valeur du fonds, jusqu'à concurrence de cette augmentation. Il ne peut entrer en possession qu'après avoir satisfait à toutes ces obligations (1673). Le droit de rétention est encore fondé sur la corrélation des engagements réciproques des parties.

Le principe consacré par l'article 1673 doit être généralisé, et par suite étendu aux divers cas de résolution pour condition résolutoire expresse (1183), ou pour condition résolutoire tacite (1184), de rescision pour lésion (1), de nullité, de révocation pour erreur, dol, violence, lésion, incapacité, en un mot, pour un vice ou une cause quelconque, du moins en ce qui concerne celle des parties qui est de bonne foi. Il y a dès lors, en effet, des obligations corrélatives et simultanément exigibles. Mais ce droit de rétention ne saurait être invoqué par le possesseur de mauvaise foi (2).

39. Le dépositaire peut retenir le dépôt, jusqu'à l'entier payement de ce qui lui est dû à raison du dépôt (1948).

Si, pendant la durée du prêt, l'emprunteur a été obligé, pour la conservation de la chose, à quelque dépense extraordinaire, nécessaire et tellement urgente qu'il n'ait pu en prévenir le prêteur, celui-ci sera tenu de la lui rembourser (1890).

(1) POTHIER, *Vente*, n° 369. — TROPLONG, *Vente*, n° 849. — DUVERGIER, *Vente*, T. 2, n° 127. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 549.

(2) Cass., 25 mai 1852. SIREY, 52, 1, 516.

Et, jusqu'à ce remboursement, le commodataire nous semble être en droit de retenir la chose.

Ce droit de rétention, nous l'accordons encore à l'usufruitier, au fermier, à l'associé, au créancier gagiste, à l'antichrésiste, à l'héritier bénéficiaire, au tuteur, au mari, à l'administrateur de la chose d'autrui, au mandataire, pour le remboursement de toutes les impenses nécessaires qu'ils ont faites ou des impenses simplement utiles que le contrat ou leur seule qualité leur donnait le droit de faire. Il nous semble se fonder également, dans ces divers cas, sur des motifs évidents d'équité.

40. Quant au mandataire, nous devons donner quelques explications. Il n'a pas indistinctement et absolument un droit de rétention. Nous trouvons bien, lorsque nous arrivons au compte du mandat, des obligations réciproques et corrélatives; d'une part, le mandataire doit un compte; d'autre part, le mandant doit une indemnité; mais ce n'est pas à dire que celui-là puisse retenir, sans distinction, les choses qu'il a entre mains, en qualité de mandataire, jusqu'au remboursement de ce qui lui est dû pour l'accomplissement de son mandat Quant aux choses qui lui ont été remises, pour ainsi dire, comme matière ou comme instruments de sa gestion, il ne peut exercer sur elles aucun droit de rétention, parce qu'on ne saurait prétendre, sans faire violence à l'intention commune des parties, que ces choses doivent spécialement répondre envers le mandataire de l'exécution de son mandat.

Cependant, s'il fondait son droit de rétention sur des impenses nécessaires, ou sur des impenses utiles que la convention lui donnait de droit de faire, dans ce cas, il pourrait l'exercer, en le limitant, dans son exercice, aux choses mêmes auxquelles ces impenses auraient été appliquées. Un tiers étranger de bonne foi pourrait l'exercer dans cette hypothèse; comment un mandataire auquel le mandant s'est lié par un contrat, ne le pourrai-il pas également? C'est en ce sens que nous nous sommes expliqué déjà.

Nous ajoutons une autre distinction. Si des corps certains

sont parvenus entre les mains du mandataire, par suite de sa gestion, il n'est obligé de les restituer au mandant, qu'à la charge par celui-ci de le rembourser, au préalable, des déboursés qu'il a faits pour l'accomplissement de son mandat (1). Tel est le cas où le mandataire a acheté des marchandises, un cheval, un immeuble, en son nom ou au nom du mandant. Il n'est tenu de faire la délivrance de ces corps certains, que lorsque le mandant lui a remboursé intégralement ses avances pour leur acquisition. Son droit de rétention est ainsi limité dans son objet et dans sa cause. Il ne s'exerce que sur des objets particuliers, et seulement jusqu'à concurrence des déboursés relatifs à ces objets, sans qu'il puisse en grossir la somme d'impenses qui ne s'y rapportent pas.

Du reste, nous repoussons toute distiuction entre les meubles et les immeubles, comme indifférente quant à l'exercice du droit de rétention (2).

Ce que nous disons du mantataire, nous l'appliquons à tout administrateur gérant, en cette qualité, la chose d'autrui, comme un tuteur, un mari, sous la réserve de ce que nous dirons plus loin des biens dotaux.

La distinction que nous venons d'établir à l'égard du mandataire, nous la faisons à l'égard des avoués, mandataires *ad lites*. Ils peuvent, en toutes causes, retenir, jusqu'au payement de leurs salaires et déboursés, les actes de procédure qui sont leur ouvrage (3). Mais ils ne peuvent de même retenir les titres et autres actes qui leur ont été confiés. Quant aux actes et jugements levés ou régularisés à leurs frais, ils peuvent également les retenir jusqu'au payement de leurs déboursés concernant spécialement ces pièces. Mais ils ne le peuvent pour leurs salaires (4). Au surplus, on ne saurait dou-

(1) POTHIER, *Mandat*, n° 59.

(2) *Contrà*, DURANTON, T. 18, n° 264.

(3) Paris, 25 août 1849. SIREY, 49, 2, 491. — Rouen, 12 déc. 1851. SIREY, 53, 2, 299.

(4) POTHIER, *Mandat*, n° 133.—COQUILLE, *Quest.*, 197. — BERRIAT, T. 1, pag. 78. — *Contrà*, BONCENNE, T. 2, pag. 254, qui refuse tout droit de rétention. — FAVARD, Rép., v° *Officier ministériel*, n° 4.

ter qu'ils ne puissent les retenir pour faire liquider et taxer les frais qui leur sont dus (1).

41. Assujettis, pour la garde et la conservation des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes (1782), les voituriers par terre et par eau doivent, par contre, avoir le droit de rétention jusqu'au payement des frais de transport et des dépenses accessoires. Comme dépositaires, les aubergistes et hôteliers ont en effet ce droit, sur les effets du voyageur qui ont été transportés dans l'auberge, pour leurs dépenses et fournitures.

Il s'exerce, au surplus, sans préjudice du privilége, que l'article 2102 accorde sur les mêmes objets aux aubergistes et aux voituriers. Et ce privilége est lui-même fondé sur le fait d'un nantissement tacite.

Le droit de rétention a été encore reconnu en faveur des ouvriers auxquels une chose a été remise, pour recevoir l'application de leur main-d'œuvre (2). Ils peuvent même, ce nous semble, l'exercer pour ce qui leur est dû, non seulement à raison des choses remises les dernières et qu'ils détiennent, mais encore à raison de celles qui leur ont été livrées antérieurement et qu'ils ont restituées. Mais il faut supposer, pour lui donner cette extension, que les remises successivement faites ont été considérées par les parties comme devant se résumer dans une seule et même convention, en une opération unique, seulement susceptible d'une liquidation en bloc. Les juges auront ainsi fort souvent à résoudre une question d'interprétation. Ils auront à apprécier les circonstances, et surtout l'usage.

42. Si le droit de rétention existe, comme conséquence d'une convention formée par la volonté des parties, à plus forte raison existe-t-il, lorsqu'il s'agit d'un contrat à former sous l'au-

(1) Nîmes, 30 avril 1850. Sirey, 50, 2, 513.

(2) Persil, art. 2102, § 3. — Delvincourt, t. 3, pag. 274. — Troplong, *Hyp.*, n° 176.

torité de la loi et l'intervention de la justice. Tels sont les cas d'acquisition de mitoyenneté (661), de passage (682), d'aqueduc pour irrigation (1), ou écoulement des eaux provenant du drainage (2), de retrait successoral (841), de retrait de droits litigieux (1699), ou de droits acquis dans l'indivision (1408). Celui contre lequel cette sorte d'expropriation privée est exercée n'est pas tenu de se dessaisir, sans qu'au préalable il ait reçu une juste indemnité, ou le remboursement des sommes auxquelles il a droit.

43. Le cohéritier qui fait le rapport en nature d'un immeuble, peut en retenir la possession jusqu'au remboursement effectif des sommes qui lui sont dues pour impenses ou améliorations (867). Cette disposition n'est elle-même que l'application d'un principe général.

D'après l'ordonnance de 1667, titre 27, article 9, celui qui était condamné à délaisser la possession d'un héritage, sauf remboursement de sommes, impenses ou ameliorations, ne pouvait être contraint de quitter l'héritage qu'après avoir été préalablement remboursé. Bien loin que la législation nouvelle ait abrogé cette disposition, elle semble, au contraire, l'avoir consacrée dans plusieurs cas particuliers. Aussi, pensons-nous que les possesseurs de la chose d'autrui, forcés de délaisser au véritable propriétaire, peuvent, pourvu qu'ils aient été de bonne foi, exercer sur elle un droit de rétention, jusqu'au remboursement de leurs impenses utiles ou nécessaires (3).

44. Mais à l'égard des créanciers hypothécaires, les tiers détenteurs n'ont aucun droit de rétention, bien qu'ils puissent répéter leurs impenses et améliorations jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration (2175).

(1) Voy. art. 1, loi du 29 avril 1845.

(2) Voy. art. 1, loi du 10 juin 1854.

(3) TOULLIER, t. 3, n° 130. — DURANTON, t. 4, n° 382. — Rennes, 8 fév. 1841. SIREY, 41, 2, 453. — Montpellier, 25 nov. 1852. SIREY, 53, 2, 191. — Bastia, 9 juill. 1856. SIREY. 56, 2, 404.

La loi romaine (1) leur accordait néanmoins expressément ce droit. S'agissait-il, par exemple, d'une construction, le possesseur de bonne foi ne pouvait être contraint à délivrer le bâtiment aux créanciers, sans qu'au préalable ceux-ci ne lui eussent payé ses déboursés, jusqu'à concurrence de la plus-value.

Sous l'empire de notre ancienne jurisprudence, les uns reconnaissaient ce droit de rétention (2), d'autres, au contraire, le déniaient (3).

Sous le Code Napoléon, la même controverse s'est perpétuée entre les auteurs. Les uns (4) accordent, les autres (5) refusent ce droit de rétention au tiers détenteur, vis-à-vis des créanciers hypothécaires. Cette dernière opinion nous paraît la seule vraie. Le droit de rétention accordé par le droit romain, se liait en effet à son système hypothécaire, d'après lequel la priorité ne donnait pas seulement une préférence pour le payement, mais une préférence exclusive pour la poursuite, à ce point que le premier créancier, le créancier dominant, *potentior creditor*, avait seul le droit de poursuivre la vente de la chose hypothéquée, et que les créanciers postérieurs ne le pouvaient faire qu'après l'avoir au préalable remboursé (6). Or, comme le constructeur du bâtiment avait une hypothèque privilégiée (7), il s'ensuivait que les créanciers hypothécaires lui étant postérieurs, ne pouvaient faire vendre qu'après l'avoir désintéressé; ce qui produisait nécessairement en sa faveur un droit de rétention.

Mais aujourd'hui, de principes différents on doit déduire des conséquences différentes. L'hypothèque s'étend en effet aux

(1) L. 29, § 2, *ff. De pign. et hyp.*

(2) BASNAGE, *Hyp.*, ch. 16, *in fine*. — SOULATGES, *Hyp.*, pag. 98.

(3) LOYSEAU, liv. 6, ch. 8, n° 8. — POTHIER, *Orléans*, tit. 20, n° 38.

(4) TARRIBLE, Rép., v° *Privilége*, sect. 4, n° 5.

(5) GRENIER, T. 2, n° 335. — TROPLONG, *Hyp.*, n° 836. — PERSIL, art. 2175, n° 6. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 210, nte 27.

(6) BASNAGE, *Hyp.*, ch. 16, *in fine*.

(7) VOY. TROPLONG, *Hyp.*, n° 241.

constructions et améliorations (2133); le créancier hypothécaire suit l'immeuble, en quelque main qu'il passe; enfin, tout créancier, quel que soit son rang, a le droit de poursuivre la vente. Si donc les tiers détenteurs pouvaient retenir l'immeuble hypothéqué, jusqu'au remboursement de leurs impenses et améliorations, les droits des créanciers seraient paralysés dans leur exercice. Aussi, l'article 2175 ne parle-t-il que de répétition, et non de rétention. Ajoutons que la poursuite hypothécaire peut aboutir à un délaissement dont le principe, aussi bien que la conséquence, est inconciliable avec ce droit prétendu de rétention.

Cependant le tiers détenteur n'est pas destitué de garanties, soit que l'on considère sa créance comme privilégiée, avec la plupart des auteurs qui lui refusent tout droit de rétention, soit, au contraire, qu'on lui reconnaisse uniquement le droit de se faire payer, par voie de prélèvement et de distraction de la somme correspondante à la plus-value; ce qui peut être l'objet d'une clause particulière du cahier des charges (1).

45. Nous venons de voir une exception fondée sur les droits des créanciers hypothécaires; en voici une autre, fondée sur le caractère même de la chose sur laquelle le droit de rétention prétendrait s'exercer. L'acquéreur d'un immeuble dotal ne peut, après la nullité de la vente prononcée, le retenir jusqu'au remboursement des impenses utiles ou nécessaires qu'il y a faites. Il suffit que les juges, en prononçant son éviction, ait ordonné le réglement de l'indemnité qui peut lui être due. Les principes généraux de la dotalité doivent, en effet, l'emporter ici sur un droit de rétention qui ne s'appuie que sur des motifs d'équité; autrement, une grave atteinte serait portée à l'inaliénabilité et à la destination particulière de la dot (2).

46. Le droit de rétention est moins une garantie de paye-

(1) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 210, nte 27.

(2) Cass., 31 janv. 1837. SIREY, 37, 1, 190. — 12 mai 1840. SIREY, 40, 1, 668. — 3 avril 1845. SIREY, 45, 1, 423. — 4 juill. 1849. SIREY, 50, 1, 283.

ment, qu'une assurance contre l'inexécution des engagements contractés par l'autre partie. C'est une sorte d'exception de dol. Mais il ne suppose ni ne constitue par lui-même aucune espèce de privilége ni d'hypothèque.

Le créancier qui l'exerce n'a aucune préférence dans la distribution du prix ; il n'a pas même, comme au cas de gage (2078), le droit de faire ordonner que la chose lui restera en payement, moyennant estimation ; il n'a d'autre droit que de la retenir, et de ne s'en point dessaisir avant d'être remboursé.

Il conserve son droit par la possession seule, comme il le perd par la dépossession. La possession étant la condition essentielle de son exercice, aussitôt que cette possession a cessé, il ne lui reste plus qu'une action en payement, avec toutes les autres garanties de droit qui peuvent y être attachées, suivant la nature de la créance.

47. Comme ce droit de rétention est fondé sur l'inexécution des engagements corrélatifs, il ne cesse régulièrement que par le payement effectué par le débiteur. Je ne puis donc sommer mon débiteur de payer, sans qu'au préalable j'aie payé moi-même. Mais des offres suffisent, pourvu qu'elles soient reconnues satisfactoires. Ce n'est pas que le créancier à qui elles sont adressées, ne puisse les refuser, les contester, et retenir en conséquence la chose due, jusqu'à la constatation de leur validité et de leur suffisance. Mais voici ce qui arrive : si elles sont reconnues suffisantes, il aura eu tort de ne pas les accepter ; dès lors il sera condamné, non seulement aux frais de l'instance, mais encore, suivant les circonstances, à des restitutions et à des dommages et intérêts. Que si les offres sont jugées insuffisantes, dans ce cas, c'est comme si rien n'avait été offert, et il aura bien fait de retenir.

Du reste, comme la possession est alors litigieuse, la justice peut ordonner le séquestre (1961).

ARTICLE 1187.

Le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, a moins qu'il ne résulte de la stipulation ou des circonstances qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier.

Sommaire.

1. Le terme est présumé stipulé en faveur du débiteur.
2. Celui-ci peut alors y renoncer.
3. La présomption de l'article 1187 peut être détruite par la preuve contraire.
4. En matière de commerce, le terme est censé convenu dans l'intérêt de toutes parties.
5. De même, si la dette porte intérêts. Le débiteur ne peut même forcer le créancier à recevoir, en offrant tous les intérêts.
6. Quand le terme est dans un intérêt commun, le créancier ne peut exiger, ni le débiteur offrir.
7. Si le terme est dans l'intérêt du créancier, il peut y renoncer.

COMMENTAIRE.

1. Par une conséquence des principes généraux du droit en matière d'obligations, nous dirons même par la nature des choses, le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur. En différant l'exécution de l'engagement, il lui procure en effet un avantage qui, jusqu'à preuve du contraire, est réputé lui être exclusivement personnel.

2. Il résulte de là que le débiteur peut valablement renoncer au bénéfice du terme, et que le créancier ne peut refuser le payement qui lui est offert avant l'échéance.

Mais cette conséquence s'efface, toutes les fois que la présomption qui lui sert de principe s'évanouit elle-même. Le terme peut en effet avoir été stipulé, soit dans l'intérêt personnel du créancier, soit dans l'intérêt commun du créancier et du débiteur. Le débiteur ne peut alors payer par anticipation, et le créancier est en droit de refuser les offres qui lui seraient faites, ou même, si l'obligation avait été accomplie

avant l'échéance, demander des dommages et intérêts pour sa mauvaise exécution, soit enfin un nouveau et plus régulier payement. Par exemple, si une somme a été léguée à un mineur, payable seulement à sa majorité, pour empêcher toute dissipation de la part du tuteur, l'héritier, débiteur du legs, qui l'aurait payé avant la majorité du légataire, ne serait pas libéré, si le tuteur était devenu insolvable (1).

3. L'article 1187 établissant une présomption de droit, c'est au créancier qu'incombe la preuve du contraire. Le doute devra donc s'interpréter contre lui, puisqu'il n'aura pas détruit par une preuve complète la présomption légale.

Cette preuve que le créancier est obligé de faire, il la puisera, soit dans les termes mêmes de la convention, soit dans sa nature, soit dans les diverses circonstances qui l'ont précédée, accompagnée et suivie, circonstances dont le juge est souverain appréciateur.

Ainsi, vous vous êtes obligé à me bâtir une maison; il est bien évident que vous devez attendre la saison convenable, sans que vous puissiez anticiper sur l'échéance du terme fixé. Il en est de même de toutes les obligations de faire, quand le fait ne peut avoir lieu indifféremment en tel ou tel temps.

4. Le terme est également censé stipulé en faveur du débiteur et du créancier, lorsqu'il s'agit d'effets de commerce, et, en général, de toute espèce de promesses commerciales (2), les circonstances de temps et d'opportunité y étant naturellement considérées comme conditions essentielles du succès de l'opération.

5. Mais en est-il ainsi en matière de prêt à intérêt? Nous pensons que le terme est également censé stipulé en faveur de toutes parties (3). Il n'est pas indifférent, en effet, pour le créancier de recevoir, avant le terme, le remboursement d'un

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 511. — TROPLONG, *Donat.*, n° 400.
(2) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 310, n[te] 13. — TOULLIER, T. 6, n° 679.
(3) ZACHARIÆ, *ibid.* — TOULLIER, T, 6, n° 677.

capital qui, placé dans les mains du débiteur, est productif d'intérêts.

Nous croyons même que le débiteur ne serait pas fondé à forcer le créancier à recevoir avant l'échéance, en lui offrant tous les intérêts jusqu'à l'expiration du terme, comme si le terme était expiré. Peu de créanciers refuseront sans doute un payement offert dans de semblables conditions. Mais nous parlons de celui qui refuse. Or il peut avoir intérêt à ne pas être payé par anticipation, soit pour échapper aux risques de la propriété ou d'un autre placement, soit pour se ménager, pour un temps plus opportun, une ressource assurée et à l'abri de toute dissipation. Il suffit donc que cet intérêt existe, pour que le terme soit censé stipulé, dans le principe, aussi en sa faveur; et peu importe, dès lors, que le débiteur offre tous les intérêts courus et à courir. Le créancier peut d'abord se croire, en conscience, tenu de ne pas les recevoir, sous peine d'usure; et puis, cette sorte d'indemnité, outre qu'elle peut ne pas être une satisfaction suffisante, ne saurait payer, en quelque sorte, l'expropriation de son droit (1).

Mais ce n'est là qu'une simple présomption, qui cèdera toujours à la preuve contraire. Les juges auront à apprécier les circonstances, et à distinguer les contestations suscitées par une humeur tracassière et mauvaise, des prétentions fondées sur un intérêt sérieux et légitime.

Cette hypothèse ne doit pas être confondue avec celle où le terme étant expiré, le créancier prétendrait induire d'une simple prorogation tacite, sans convention expresse, que le terme a été continué, par exemple, pour une nouvelle année entière. La dette est alors parfaitement exigible, de telle sorte que le débiteur ne peut invoquer aucune stipulation de délai, pour se soustraire aux poursuites, pas plus que le créancier, pour échapper à un payement qu'il prétend être anticipé.

Dans le cas où le terme serait prouvé n'avoir été stipulé qu'en faveur du débiteur, celui-ci payant par anticipation,

(1) Toullier, t. 6, n° 677.

n'aurait à payer que les intérêts courus jusqu'au remboursement, ou jusqu'au terme où la loi cesse de les faire courir, sans être tenu de faire compte des intérêts non courus, soit qu'ils fussent simplement accessoires ou englobés dans le capital. Il serait donc en droit de les déduire, car ils n'étaient dus en entier que moyennant l'échéance du terme stipulé (1). Autrement, il ne serait pas vrai que le terme eût été stipulé en sa faveur.

6. Quand le terme est en faveur de l'un et de l'autre, il est évident que le créancier ne peut exiger le payement, pas plus que le débiteur ne peut l'offrir, avant l'échéance du terme.

Quoi qu'il en soit, lorsqu'il s'agit d'un ordre ou d'une contribution, le créancier n'est pas admis à se prévaloir du terme ou du lieu de payement stipulé en sa faveur, pour refuser un payement anticipé, ou effectué dans un lieu différent. La convention cède alors à une vraie nécessité légale, sauf au créancier à réclamer des dommages et intérêts, s'il y a lieu, à raison de l'inexécution des conditions stipulées (2).

7. Mais si le terme était exclusivement en faveur du créancier, celui-ci pourrait, avant l'échéance, renoncer au bénéfice du délai et exiger le payement. L'article 1944 nous en offre un exemple en cas de dépôt (3).

Article 1188.

Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier.

Sommaire.

1. Motifs de l'article 1188.
2. Ce qu'est la faillite. Elle peut être réputée diminuer les sûretés promises.

(1) *Contrà*, Duranton, t. 11, n° 109.
(2) Cass., 2 fév. 1853. Sirey, 53, 1, 365.
(3) Voy. 1186, n° 30.

3. La déconfiture enlève le bénéfice du terme.
4. En quoi consiste la déconfiture.
5. Article 124, C. pr. Interprétation. Renvoi.
6. *Quid*, si le débiteur se relève de son état de déconfiture ?
7. La déconfiture doit être postérieure à la stipulation du terme.
8. Diminution des sûretés données par le contrat.
9. Peu importe qu'il reste ou qu'il soit offert d'autres sûretés.
10. Que doit-on entendre par sûretés données par le contrat ?
11. Les sûretés de droit y sont comprises.
12. Le créancier doit être de bonne foi.
13. L'article 1188 ne comprend ni les sûretés générales dérivant du gage commun établi par la loi ;
14. Ni les hypothèques légales ou judiciaires.
15. Quand le débiteur est-il censé avoir diminué les sûretés hypothécaires ?
16. Suite. Résumé.
17. *Quid*, si le débiteur aliène au profit d'un seul toute la chose hypothéquée ?
18. Il y a même raison de décider quand le débiteur ne fournit pas les sûretés promises.
19. Différence entre la diminution et le défaut des sûretés promises.
20. Les sûretés doivent être diminuées par le fait du débiteur.
21. Article 2131.
22. La caution est déchue quand le débiteur principal l'est lui-même.
23. Autrement, entre codébiteurs solidaires.
24. Article 444, C. comm., en un point exceptionnel.
25. La caution peut être déchue du terme, sans que le débiteur principal le soit. Conséquences.
26. Effets de la déchéance du débiteur. Renvoi.
27. Il n'y pas lieu à escompte.

COMMENTAIRE.

1. La stipulation d'un terme est censée faite sous cette condition tacite, de la part du débiteur, qu'il apportera dans l'exécution de son engagement toute la bonne foi qui doit y présider, que non seulement il ne modifiera point, ni ne diminuera les sûretés et les garanties promises, mais encore qu'aucune circonstance, même sans faute de sa part, ne viendra détruire ou altérer les éléments de sa solvabilité. Le débiteur ne peut donc plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque par son fait il a diminué les

sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier (1188). Cette déchéance du bénéfice du terme est, au point de vue où nous l'envisageons, l'accomplissement d'une condition résolutoire tacite, et, sous ce rapport, l'article 1188 se rattache, par son principe, à l'article 1184.

2. La faillite est l'état d'un commerçant qui cesse ses payements (437, C. comm.). Le jugement qui la déclare rend exigibles, à l'égard du failli, les dettes passives non échues (444, C. comm.). Cette exigibilité générale a pour objet de rendre la liquidation plus facile et plus simple.

La déclaration de faillite peut même entraîner une diminution des sûretés promises, et, à ce titre, donner lieu à d'autres actions que celles résultant de la simple déchéance du terme, par exemple, à l'action en résolution d'un contrat de rente viagère (1977). Ainsi, un privilége ou une hypothèque existe pour garantie d'une rente viagère; le débiteur tombe en faillite; inscription ne peut plus être valablement prise (448, C. comm.). Voilà une diminution des sûretés données ou stipulées, qui provient du fait du débiteur. Et, comme vis-à-vis de lui le privilége ou l'hypothèque existe, indépendamment de toute inscription, il ne peut pas opposer au créancier qui se prévaut de son droit, qu'il doit supporter les conséquences de son retard et de sa négligence à prendre inscription régulière.

3. La déconfiture enlève-t-elle, comme la faillite, le bénéfice du terme? L'article 1188 ne parle que de la faillite; mais ses dispositions doivent évidemment être étendues au cas de déconfiture. Les raisons de décider sont exactement les mêmes. Il serait contraire à toute justice et à toute équité, qu'un créancier à terme fût obligé de rester spectateur inactif de la distribution que se ferait entre eux, du gage commun, et à son préjudice, d'autres créanciers dont les créances auraient eu le bonheur de venir les premières à échéance. Ce serait consacrer en leur faveur une priorité de temps qui, en droit, n'est

d'aucune considération, et leur décerner, en quelque sorte, le prix de la course (1).

L'article 1913, dont les dispositions ne sont que l'application à un cas spécial de l'article 1188, vient lui-même à l'appui de cette interprétation. Il range en effet la déconfiture sur la même ligne que la faillite; et cette assimilation se retrouve encore dans les articles 1446, 1613, 2032.

4. L'article 180 de la coutume de Paris disait : « Le cas de déconfiture est quand les biens du débiteur, tant meubles qu'immeubles, ne suffisent aux créanciers apparents. » Le débiteur est alors déconfit, c'est-à-dire ruiné et insolvable.

La loi nouvelle ne définit nulle part l'état de déconfiture. Cependant, le rapprochement qu'elle établit incessamment entre cet état et celui de faillite, nous autorise à le définir, l'état de toute personne non commerçante qui cesse ses payements. Ainsi définie, la déconfiture ne suppose, pas plus que la faillite, la ruine absolue et l'insolvabilité complète du débiteur. Mais comme elle, elle suppose les poursuites de créanciers plus ou moins nombreux, soit même d'un seul, qui réclament en vain leur payement, et poursuivent la réalisation de leur gage commun. C'est là son caractère essentiel.

Comme cette question de déconfiture est subordonnée aux circonstances, les juges ont nécessairement sur ce point un très large pouvoir d'appréciation. Il nous suffira donc d'indiquer, comme faits le plus souvent caractéristiques de cet état, la vente forcée des biens meubles ou immeubles du débiteur; la saisie des mêmes biens; les saisies-arrêt ou oppositions, suivant l'importance de leurs causes et des sommes saisies-arrêtées; selon les cas, les remises en nantissement, en gage ou en antichrèse; les impignorations exorbitantes, déguisées sous forme de vente, avec pacte de rachat; les baux dont les

(1) TOULLIER, t. 6, n° 670. — DURANTON, t. 11, n° 117.—ZACHARIÆ, t. 2, pag. 309, n[te] 8.—CHAUVEAU, sur Carré, *Quest.*, 528 *bis*.—Toulouse, 20 nov. 1835. SIREY, 36, 2, 151.—Orléans, 30 avril 1846. SIREY, 46, 2, 615. — Cass., 10 mars 1845. SIREY, 45, 1, 601.

annuités auraient été payées d'avance; les détournements frauduleux; la fuite et la disparition du débiteur; sa séparation de biens; sa mise à l'ordonnance; son insolvabilité notoire.

5. L'article 124, C. pr., porte que le débiteur ne pourra obtenir un délai, ni jouir du délai qui lui aura été accordé, si ses biens sont vendus à la requête d'autres créanciers, s'il est en état de faillite, de contumace, ou s'il est constitué prisonnier, ni enfin lorsque, par son fait, il aura diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. Ces mots, ni jouir du délai qui lui aura été accordé, ne peuvent évidemment s'entendre que du délai qu'il peut obtenir, conformément à cet article, c'est-à-dire du délai de grâce et non du terme de droit. Ceci résulte des articles qui précèdent, et de la rédaction elle-même de l'article 124.

Mais est-ce à dire que le débiteur pourra encore réclamer le bénéfice du terme de droit, si ses biens sont vendus à la requête d'autres créanciers, s'il est en état de contumace, ou s'il est constitué prisonnier, sous prétexte que l'article 1188, qui s'occupe du terme de droit, ne prévoit pas spécialement ces différentes situations? Pour soutenir que, dans ce cas, il n'est déchu que du terme de grâce, et non du terme de droit, on dit (1) que le terme de grâce est une faveur dont la loi a pu être plus facile à lui enlever le bénéfice, tandis que le terme de droit est une stipulation dont il ne doit perdre les avantages que pour causes graves.

Cette considération peut être vraie; mais elle ne résout pas pleinement la question. Car la question n'est pas tant de savoir si l'article 124, C. pr., est applicable au terme de droit, que de savoir si les mêmes causes de déchéance qu'il indique, quant au terme de grâce, peuvent être appliquées au terme de droit. Or, à notre sens, elles lui sont parfaitement applicables, et voici pourquoi : c'est que la vente des biens du débiteur à la requête d'autres créanciers, son état de contumace ou son emprisonnement constituent l'état de déconfiture auquel

(1) Voy. Duranton, t. 11, n° 117. — Zachariæ, t. 2, pag. 309, n° 12.

nous venons d'établir que l'article 1188 s'applique également. Le débiteur sera donc, dans ce cas, déchu du terme de droit, comme il le serait du terme de grâce, non par application de l'article 124, C. pr., mais par appréciation de circonstances prévues spécialement par cet article, et constituant un état de déconfiture que, d'un autre côté, l'article 1188 prévoit dans ses dispositions. Ainsi, dans la pratique, l'importance de la question théorique s'évanouit, puisque l'article 124, C. pr., ne fonde lui-même la déchéance du débiteur, quant au terme de grâce, que sur son état de déconfiture constaté. Mais nous aurons à revenir, sous l'article 1244, sur l'interprétation de cet article.

6. Si, avant que les créanciers n'aient usé contre le débiteur des droits que leur ouvre sa déchéance du terme, il rétablit ses affaires, et se relève de son état momentané de déconfiture, il rentre en possession du bénéfice du terme convenu, et peut l'opposer comme exception aux poursuites des créanciers. Les causes de déchéance ayant disparu, les créances cessent en même temps d'être exigibles. Le payement ne peut en effet être exigé, tant que la dette n'est pas exigible; or, au moment où les créanciers prétendraient exiger leur payement, d'une part, le terme ne serait pas échu, et, d'autre part, aucune circonstance n'autoriserait la déchéance du débiteur.

Quant aux poursuites commencées durant l'état de déconfiture, elles devraient être continuées, comme bien venues et fondées dans leur principe. Les créanciers ne font alors que continuer l'exercice d'un droit acquis, qui s'est mis en mouvement, sauf aux juges à accorder au débiteur un terme de grâce, puisque aucune des causes qui l'auraient empêché de l'obtenir ne subsiste plus.

7. La déconfiture doit être postérieure à la stipulation du terme de droit. C'est seulement dans ce cas que le débiteur ne peut en réclamer le bénéfice. Si, en effet, le créancier lui avait accordé un délai, en pleine connaissance de cause, il ne pourrait invoquer les dispositions de l'article 1188. Il doit alors

subir les conséquences de la situation qu'il a volontairement acceptée, sans qu'il puisse invoquer en sa faveur aucune considération d'équité et de bonne foi. Mais, si de nouvelles circonstances venaient à aggraver et à empirer, au-delà de ses prévisions, la position du débiteur, il pourrait le faire déclarer déchu du bénéfice du terme.

8. Le débiteur ne peut enfin réclamer le bénéfice du terme lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier.

Il faut faire attention à ces dernières expressions : les sûretés doivent avoir été données par le contrat. Le créancier a dû en effet y compter plus particulièrement. Du moment donc qu'il est trompé dans son attente, et qu'une atteinte est portée aux droits qu'il a stipulés, le débiteur ne saurait se prévaloir de la stipulation d'un terme, dont la jouissance lui donnerait la dangereuse facilité de compromettre impunément les intérêts que le créancier a pris la précaution de garantir.

Nous retrouvons des dispositions semblables, mais appropriées aux droits dont il s'agit, quoique sous des expressions différentes, dans les articles 1912 et 1977. Ainsi, le débiteur d'une rente constituée en perpétuel peut être contraint au rachat, s'il manque à fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat. Le crédi-rentier viager peut demander la résiliation du contrat, si le constituant ne lui donne pas les sûretés stipulées pour son exécution.

9. En vain le débiteur prétendrait-il qu'il reste des sûretés suffisantes; cette circonstance n'excuse point la violation du contrat (1).

En vain offrirait-il encore de remplacer par d'autres les sûretés promises. La loi du contrat ne s'accommode point de ces ménagements.

10. Mais que doit-on entendre par sûretés données par le

(1) Toullier, t. 6, n° 666.

contrat? Il faut d'abord entendre par là toutes les garanties formellement et expressément stipulées en faveur du créancier, telles qu'une hypothèque, un cautionnement simple ou solidaire, un nantissement.

Si ces sûretés n'avaient pas été convenues au moment du contrat, et qu'elles eussent été données plus tard, par une sorte de libéralité du débiteur, l'article 1188 cesserait d'être applicable. Mais si elles avaient été postérieurement données, soit pour faire proroger le terme échu, ou obtenir un délai plus long, soit à l'occasion de modifications quelconques apportées à la convention première, l'article 1188 devrait recevoir son application.

11. Il s'applique encore aux sûretés de droit résultant du contrat lui-même, par la seule autorité de la loi, sans qu'il soit besoin de les stipuler. Tels sont les priviléges du vendeur, du copartageant, des architectes, maçons et entrepreneurs. Ils constituent en effet, en faveur du créancier, une sûreté donnée par le contrat, que les parties sont dispensées de stipuler. Tel est le cas où l'acquéreur démolit la maison vendue.

12. Toutefois, il ne suffit point que les garanties aient été données par le contrat; il faut, en outre, que le créancier les ait stipulées de bonne foi, avec une ferme confiance dans leur réalité. La déchéance prononcée par notre article ne doit pas en effet avoir lieu, lorsqu'au moment du contrat le créancier a eu connaissance des chances, des éventualités qui pouvaient plus tard diminuer les sûretés promises, soit par suite de l'exercice de droits appartenant à des tiers, ou d'un droit que le débiteur se serait tacitement ou expressément réservé.

13. Il ne faut pas ranger parmi les sûretés données par le contrat, l'obligation générale contractée par tout débiteur envers son créancier, sur ses biens meubles et immeubles. Le débiteur n'est donc pas censé diminuer les sûretés promises par le contrat, alors qu'il ne fait que diminuer son pa-

trimoine, gage commun de tous ses créanciers, sans porter d'ailleurs aucune atteinte aux garanties spécialement promises à chacun d'eux(1).

14. Il ne faut pas non plus y comprendre les hypothèques légales ou judiciaires. M. Troplong (2) veut cependant qu'on étende l'application de l'article 1188 aux hypothèques judiciaires, parce qu'on est censé contracter en jugement. Les termes de l'article s'opposent à cette extension. Il parle en effet de contrat, et non de jugement. Les mots, sûretés données, indiquent suffisamment qu'il s'agit de sûretés accordées volontairement par le débiteur, et non de sûretés accordées par la justice, malgré lui et contre lui. Il faut considérer, en outre, que cette extension frapperait d'immobilité les biens du débiteur, puisque l'hypothèque judiciaire embrasse les biens présents et à venir (3).

Nous croyons même qu'il importe peu qu'il reste encore dans les mains du débiteur, des biens suffisants ou non pour la sûreté de la créance. Car, des termes de l'article 1188, il résulte que l'on ne doit considérer que les garanties promises par le contrat. Il suffit donc que celles-ci n'aient pas été diminuées par le fait du débiteur, quand bien même les autres l'auraient été. Il n'y a pas pour cela déchéance (4).

15. En ce qui concerne spécialement les priviléges et hypothèques, le débiteur est censé diminuer les sûretés promises par le contrat, lorsqu'il opère sur la chose des changements qui en diminuent la valeur ; par exemple, s'il coupe les futaies et les taillis en dehors des époques voulues par une bonne administration ; s'il dégrade, détériore les héritages ou bâtiments ; s'il laisse tomber ces derniers en ruine ou s'il les démolit, à moins que ces changements n'aient été prévus au moment du contrat, lorsque, par exemple, la forêt a été ven-

(1) Zachariæ, t. 2, pag. 309.
(2) *Hyp.*, n° 544.
(3) Duranton, t. 11, n° 125.
(4) Voy.-cep. Toullier, t. 6, n° 668.

due pour être défrichée, la maison pour être démolie par l'acquéreur, qui a pris terme pour le payement du prix de vente.

Les sûretés sont encore diminuées, lorsque le débiteur aliène une portion seulement de l'immeuble hypothéqué, ou qu'il en aliène la totalité, en détail, par parcelles, en faveur de différentes personnes. Dans le premier cas, en effet, le créancier est exposé à recevoir un payement partiel de la part du tiers détenteur, soit que ce dernier veuille opérer la purge, ou qu'il aime mieux délaisser ou se faire exproprier. Dans le second cas, il est exposé aux mêmes inconvénients. Enfin, dans l'une et l'autre hypothèse, les poursuites hypothécaires et les frais, soit de mise en vente, soit de confection d'ordre, s'aggravent, au préjudice du créancier et en diminution de ses sûretés, par la nécessité où il est réduit, contre son attente, de diriger envers plusieurs personnes des poursuites multipliées, pour réaliser son gage et en toucher tout ou partie du prix (1).

Plusieurs auteurs pensent que c'est aller trop loin que de déclarer le débiteur déchu, avant même que le tiers détenteur ne se soit mis en mesure de purger (2). Dans leur opinion, il faut attendre la purge; car, jusque-là, il est seulement possible et non certain que les sûretés soient diminuées. Notre dernière observation, tirée des inconvénients et des frais plus considérables de poursuites séparées et plus difficultueuses, suffit pour établir que d'ores et déjà ces sûretés sont altérées, soit que le tiers détenteur veuille ou ne veuille pas purger. Il est vrai que l'article 2167 donne au tiers détenteur qui ne veut point purger, les termes et délais accordés au débiteur originaire. Mais cet article doit recevoir son application, sans préjudice de la déchéance prononcée par l'article 1188 (3).

(1) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 203. — DURANTON, T. 11, n° 126. — Cass., 9 janv. 1810. SIREY, 10, 1, 139. — 4 mai 1812. SIREY, 12, 1, 321.

(2) TROPLONG, *Hyp.*, n° 544. — DURANTON, T. 11, n°s 126, 128, 129; T. 17, n° 628, et T. 19, n° 384.— TOULLIER, T. 6, n° 667.

(3) FAVARD, Rép., v° *Oblig.*, sect. 3, § 1, n° 2. — Cass., 4 mai 1812 SIREY, 12, 1, 321

Si le prix ou la valeur de la parcelle aliénée était amplement suffisante pour désintéresser le créancier, on ne pourrait rigoureusement dire que les sûretés sont diminuées à son égard, puisqu'il n'éprouve pas de préjudice (1). Mais elles pourraient l'être à l'égard des autres créanciers, qui ne se trouvent point dans une position aussi favorable. Ils seraient alors en droit de poursuivre le débiteur, comme déchu du bénéfice du terme. Ces poursuites peuvent elles-mêmes, suivant les circonstances, le faire tomber en état de déconfiture; et, à ce titre, il y aurait déchéance générale.

16. Nous ne saurions, on le comprend sans peine, énumérer tous les actes par lesquels un débiteur peut diminuer les sûretés qu'il a données à son créancier par le contrat, et notamment les sûretés hypothécaires. Qu'il nous suffise donc de dire, en termes généraux, que le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme toute les fois que, par un fait de disposition, d'administration, de jouissance, ou tout autre acte quelconque, il a diminué les sûretés qu'il avait spécialement données aux créanciers hypothécaires ou privilégiés, soit en altérant la valeur du gage, soit en en rendant la réalisation plus difficile et plus dispendieuse (2).

Ainsi, il a été décidé (3) avec beaucoup de raison qu'il y avait diminution des sûretés promises, dans le fait d'un officier ministériel qui, par sa mauvaise gestion, avait été l'objet d'une décision disciplinaire provoquant sa destitution. Non seulement la valeur de l'office en est amoindrie, et la transmission rendue plus difficile, mais encore le privilége du précédent titulaire se trouve compromis.

17. Si le débiteur aliénait en faveur d'un seul la totalité de la chose grevée d'hypothèque ou de privilége, il ne serait pas censé avoir diminué les sûretés promises. Les créanciers

(1) Duranton, t. 11, nos 126 et 129, et t. 19, n° 384.

(2) Zachariæ, t. 2, pag. 203.

(3) Cass., 8 août 1854. Sirey, 54, 1, 567.

hypothécaires, armés du droit de suite, peuvent en effet, soit par la purge, soit par voie de saisie, ou sur le délaissement, réaliser leur gage entre les mains du tiers détenteur unique, avec autant de facilité et sans plus grands frais, que si la chose était restée entre celles du débiteur. La réalisation pourra même souvent s'en faire avec plus de facilité et d'économie (1). Par cette raison, nous croyons que l'article 1188 n'est pas applicable dans ce cas. Si l'article 2167, en déclarant le tiers détenteur obligé, par l'effet seul des inscriptions, à toutes les dettes hypothécaires, le fait jouir des termes et délais accordés au débiteur originaire, à moins qu'il ne veuille purger la propriété (2184), cette disposition n'a lieu que sauf les dispositions particulières de l'article 1188. Nous n'en tirons, en conséquence, aucun argument.

On objecterait vainement que les créanciers hypothécaires peuvent perdre leurs droits, soit à défaut d'inscription ou de renouvellement, soit par prescription en faveur du tiers détenteur. Ceci est vrai, comme observation de fait, et non comme objection de droit. Car les créanciers ont dans la loi tous les moyens de prévenir et d'empêcher cette extinction de leur gage hypothécaire. C'est à eux de veiller à sa conservation, par l'accomplissement des formalités prescrites. S'ils omettent de les accomplir, la diminution de leurs sûretés ne vient pas alors du fait de leur débiteur, mais uniquement de leur négligence personnelle.

Cependant, la question étant ramenée à ces termes semble subordonnée à l'appréciation des circonstances. Par exemple, une rente viagère est hypothéquée sur des immeubles que le débiteur aliène, après péremption de l'inscription prise pour garantir le service de la rente. La Cour de cassation (2) a décidé que, dans ce cas, il y avait lieu à résolution du contrat, pour diminution des sûretés promises. Et M. Troplong (3)

(1) DURANTON, T. 11, n° 127, et T. 19, n° 384.

(2) 16 fév. 1839. SIREY, 39, 1, 511.

(3) *Contrats aléat.*, n° 294.

approuve cet arrêt dont voici les motifs : « Vis-à-vis du débiteur, l'hypothèque existe par la seule force du contrat ; pour être valable et produire effet à son égard, elle n'a pas besoin d'être inscrite, l'inscription n'étant exigée que pour fixer le rang entre les créanciers; d'où la conséquence que le débiteur ne peut pas opposer au créancier qui exerce vis-à-vis de lui seul son droit hypothécaire, qu'il n'a pas pris d'inscription, ou que celle qu'il a prise est périmée. » On viole conséquemment l'article 1977 en déniant, dans ce cas, l'action en résolution, sous le prétexte que le rentier a laissé périr son inscription. A plus forte raison, y aurait-il lieu, dans une semblable hypothèse, à la simple déchéance du terme.

Mais il nous semble qu'il ne faut pas trop exagérer le principe de pareilles décisions, et qu'il convient de laisser aux créanciers, suivant les circonstances, la responsabilité de leurs actes de négligence ou d'incurie. C'est à eux aussi qu'il appartient de veiller à la conservation de leurs droits. Comme le débiteur peut aliéner l'immeuble hypothéqué, malgré l'affectation hypothécaire, il y aurait une excessive rigueur à dire indistinctement que, dans ce cas, et par ce seul fait, il a diminué les sûretés promises. Nous distinguons donc d'abord entre l'hypothèse où le débiteur a aliéné la chose hypothéquée, alors que le créancier s'est mis en règle à l'égard des tiers, et celle où, au moment de l'aliénation, il n'a aucune inscription ou n'en a qu'une de périmée. Puis, dans son application, ainsi que nous venons de le voir, cette distinction peut être elle-même subordonnée à l'appréciation des circonstances.

S'il s'agissait d'effets mobiliers, la vente qu'en ferait l'acquéreur, en tout ou en partie, serait une diminution des sûretés promises, puisque le vendeur, à défaut du droit de suite, ne pourrait plus exercer son privilége (2102).

18. Il faut assimiler au cas où les sûretés données par le contrat ont été diminuées par le fait du débiteur, celui où il ne fournit point les sûretés promises. Les raisons de décider sont absolument les mêmes, puisque la confiance et la bonne

foi du créancier sont également trompées, et le contrat inexécuté (1). L'article 1912 en contient d'ailleurs une disposition expresse, ainsi que l'article 1977 ; ces articles éclairent le sens du nôtre.

Tel est le cas où je vous prête mille francs, sous la promesse du cautionnement de telle personne spécialement indiquée ; vous ne pourrez alors me forcer d'accepter à sa place le cautionnement d'une autre personne, ni même remplacer, par toute autre sûreté équivalente, le cautionnement promis d'une manière générale, quand bien même la sûreté offerte à la place du cautionnement stipulé, consisterait dans un gage, une constitution d'hypothèque, un dépôt à la caisse des consignations (2). Ce remplacement n'est admis que dans le cas d'un cautionnement légal ou judiciaire.

Tel est encore le cas où l'acheteur de marchandises ne fournit pas au vendeur, les traites à terme portant règlement du prix de vente, ainsi qu'il avait été expressément convenu. Le débiteur doit être déclaré déchu du bénéfice du terme. Car le créancier a intérêt à recevoir les traites convenues qui, outre les garanties résultant de leur nature, ont l'avantage de constituer des valeurs de crédit négociables (3).

19. Il y a, toutefois, cette différence entre la diminution et le défaut des sûretés promises par le contrat, que le débiteur ne peut compléter ni rétablir celles qu'il a diminuées, tandis qu'il est encore admis à fournir celles qu'il est en retard de donner, aussi longtemps que le terme précédemment convenu n'est pas expiré. La raison de cette différence, qui se lie du reste aux principes des conditions résolutoires tacites, c'est que la diminution des sûretés données par le contrat est un fait irréparablement consommé ; qu'au contraire, le simple retard à les fournir est un fait d'inexécution incessamment réparable. C'est donc seulement en l'absence de cette réparation, que le débi-

(1) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 309. — DURANTON, T. 11, n° 123.
(2) ZACHARIÆ, T. 3, pag. 155. — TROPLONG, *Cautionn.*, n° 202.
(3) Montpellier, 13 nov. 1834. DALLOZ, 35, 2, 132.

teur doit être définitivement condamné à payer, comme déchu du bénéfice du terme, à moins que la loi ou la convention ne prononce une déchéance irrémissible.

20. Un point important et sur lequel l'attention doit se fixer, c'est que les sûretés doivent être diminuées par le fait du débiteur. Et, par fait, nous entendons ici tout fait d'omission ou de commission, pourvu qu'il lui soit personnellement imputable. Si donc les sûretés avaient été diminuées par le fait d'un tiers, sans la participation ni la responsabilité du débiteur, il ne serait pas déchu du bénéfice du terme. Tel est le cas où un tiers détenteur de la totalité de la chose hypothéquée, opère sur cette chose des changements qui en diminuent la valeur. On ne saurait prétendre que le débiteur est déchu du bénéfice du terme, sous prétexte que les sûretés hypothécaires sont diminuées, parce qu'elles ne le sont point par son fait, et qu'elles ne le sont point par une suite immédiate et directe de son aliénation, bien que cette aliénation en ait été la cause occasionnelle. Mais il ne pourrait point invoquer le bénéfice du terme, s'il avait participé effectivement ou sciemment à cette diminution du gage, par exemple, en vendant une forêt pour être défrichée, ou un bâtiment pour être démoli.

Il n'est pas non plus censé avoir par son fait diminué les sûretés promises, lorsqu'il a négligé d'accomplir une formalité dont l'observation avait été stipulée, dans une intention autre que celle d'assurer aux créanciers de plus grandes garanties. Ainsi, l'adjudicataire d'un immeuble chargé de payer une rente viagère, et qui n'a pas fait transcrire son contrat, conformément au cahier des charges, ne peut être poursuivi en résolution (1977). En admettant que cette clause eût un autre but que de hâter et de faciliter la purge, les créanciers ont à s'imputer de ne pas en avoir poursuivi l'exécution, et de ne pas avoir pris inscription pour la conservation de leurs droits. C'est le cas d'appliquer la maxime : *jura vigilantibus subveniunt* (1).

(1) Cass., 13 juin 1837. SIREY; 38, 1, 45.

21. Ce n'est pas, toutefois, que le créancier hypothécaire soit destitué de tout secours, lorsque les immeubles présents assujettis à l'hypothèque ont péri ou éprouvé des dégradations, de manière qu'ils sont devenus insuffisants pour sa sûreté. Dans ce cas, il peut, ou poursuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque (2131).

Remarquez bien les différences qui existent entre les dispositions de cet article et celles de l'article 1188. Celui-ci suppose une simple diminution des sûretés promises, résultant du fait du débiteur; celui-là suppose, au contraire, l'insuffisance des immeubles hypothéqués survenue par cas fortuit ou force majeure, non imputable au débiteur. Aussi, dans ce cas moins défavorable, le débiteur peut-il échapper à l'action en payement, en offrant un supplément d'hypothèque; tandis que, dans l'hypothèse de l'article 1188, il est privé du bénéfice du terme, sans pouvoir même offrir un supplément de sûretés, à moins que le créancier ne l'accepte volontairement (1).

22. Lorsque le débiteur principal est tombé en état de faillite ou de déconfiture, ou qu'il a diminué par son fait les sûretés promises, nous croyons que le créancier peut exiger payement, dès à présent, non seulement contre lui, mais encore contre ses cautions. M. Duranton (2) hésite, et fait une distinction entre le cas de faillite ou de déconfiture, et celui de diminution des sûretés données par le contrat. Il pense que, dans ce dernier cas, on doit peut-être décider que la caution est déchue du bénéfice du terme, si mieux elle n'aime donner des sûretés, parce qu'il est assez dans la nature du cautionnement qu'elle réponde, sous ce rapport, des faits du débiteur.

Nous n'acceptons ni cette distinction, ni cette restriction. La caution, suivant nous, est déchue du bénéfice du terme, comme le débiteur principal, et ne peut, pas plus que lui, pour échapper à l'exigibilité, offrir d'autres sûretés, dans le cas où

(1) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 205. — TROPLONG, *Hyp.*, n° 542.
(2) T. 11, n° 120.

les sûretés promises ont été diminuées par le fait de ce dernier. Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet en effet, envers le créancier, à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait par lui-même (2011). Lors donc que le débiteur principal peut être poursuivi, la caution peut l'être également, puisqu'elle s'est soumise à payer pour lui et à son défaut.

La caution, il est vrai, peut avoir un terme que n'a pas le débiteur principal, ou un terme plus long. Or, dans ce cas, elle peut sans doute en invoquer le bénéfice, parce que la différence du terme stipulé en sa faveur le rend indépendant de celui qui a été stipulé en faveur du principal obligé, et, par conséquent, indépendant des renonciations ou déchéances de ce dernier. Mais, lorsqu'elle s'est portée purement et simplement caution, elle a par cela même contracté, à l'égard du créancier, une obligation toute semblable à celle du débiteur, sauf le bénéfice des exceptions résultant du cautionnement, suivant sa nature ; elle s'est soumise, en un mot, comme répondant de son propre fait, aux mêmes conditions de payement et d'exigibilité, sauf délai de grâce, en ce qui la concerne personnellement (1244).

23. Mais cette décision n'est point applicable aux codébiteurs solidaires, lorsque l'un d'eux est tombé en faillite ou en déconfiture, ou qu'il a diminué les sûretés promises (1). La solidarité les constitue bien tous codébiteurs les uns pour les autres, et, en quelque sorte, cautions les uns des autres. Mais le fait de l'un deux, comme tiers, ne peut leur préjudicier, et sa déchéance ne fait pas que les autres n'aient stipulé un terme en leur faveur. Quoique chacun d'eux soit tenu de la totalité de l'obligation, tout à la fois principalement et à défaut des autres, il ne répond point pour cela de leur fait. Or, on ne peut dénier que la faillite, la déconfiture de l'un d'eux,

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 236. — Duranton, t. 11, n° 119. — Bordeaux, 10 mars 1854. Sirey, 54, 2, 515. — *Contrà*, Bordeaux, 6 janv. 1836. Dalloz, 36, 2, 98.

ou la diminution des sûretés opérée par son fait ne soit, par rapport aux autres coobligés, le fait d'un tiers. Donc ce fait ne peut leur préjudicier, ni emporter également à leur égard déchéance du terme. C'est que, dans toute obligation solidaire, il y a autant de liens juridiques résultant de l'obligation qu'il y a de coobligés, et que chacun de ces liens est indépendant des autres.

Ceci devient plus sensible, dans le cas où l'un des codébiteurs solidaires ou quelques-uns d'entre eux auraient un terme différent de celui qui a été stipulé en faveur de leur consort. Le bénéfice de ces délais divers est alors plus visiblement personnel et indépendant de la déchéance des autres.

24. L'article 444, C. comm., porte cependant qu'au cas de faillite du souscripteur d'un billet à ordre, de l'accepteur d'une lettre de change, ou du tireur à défaut d'acceptation, les autres obligés seront tenus de donner caution pour le payement à l'échéance, s'ils n'aiment mieux payer immédiatement. Ces dispositions rentrent en un point dans le droit commun, et dans un autre elles s'en écartent.

Elles sont l'expression du droit commun, en ce que la faillite du souscripteur, de l'accepteur ou du tireur, principaux obligés, rend le payement dès à présent exigible contre les autres coobligés. Elles s'en écartent, en ce que l'exigibilité est tempérée par la faculté de donner caution à l'échéance. Et de là nous concluons que l'application de l'article 444, C. comm., doit être restreinte, quant à cette dernière disposition relative au bail de caution, au cas particulier qu'il prévoit, c'est-à-dire au cas d'un billet à ordre ou d'une lettre de change, et encore seulement en cas de faillite, et non de déconfiture ou de diminution des sûretés promises. Dans ces divers cas, l'exigibilité est absolue.

25. Si la caution simple ou solidaire tombait en faillite ou en déconfiture, ou qu'elle diminuât par son fait les sûretés promises, elle seule serait déchue du bénéfice du terme, et non le débiteur principal ni les autres cofidéjusseurs. Ils ne ré-

pondent point en effet de son fait personnel. Et ceci est encore plus évident, si l'on suppose un cautionnement donné sans l'ordre du débiteur et à son insu, ou à l'insu des autres cautions.

L'article 444, C. comm., nous fournit un argument à cet égard, en n'obligeant au remboursement immédiat les autres obligés, que dans le cas de la faillite du souscripteur, de l'accepteur ou du tireur, c'est-à-dire des obligés principaux, sans y obliger réciproquement ces derniers, en cas de faillite des autres obligés, qui ne sont que garants solidaires, tels que les endosseurs, les donneurs d'aval, et même le tireur d'une lettre acceptée (1). Cet article 444, révisé en 1838, a été un retour aux véritables principes; car l'article 448 de l'ancien Code obligeait, en cas de faillite de l'un des obligés, tous les autres, sans distinction, à payer immédiatement ou à donner caution. La révision dont il a été l'objet a coupé court aux interprétations diverses qui en avaient été faites, et rétabli les principes du droit commun, en distinguant entre la faillite des obligés principaux et celle des garants solidaires.

De ce que la caution qui est tombée en faillite ou en déconfiture, ou a diminué les sûretés promises, est seule déchue du bénéfice du terme, il suit que, lorsqu'elle a payé le créancier, elle ne peut exercer son recours contre le débiteur principal ou les autres cofidéjusseurs, qu'à l'échéance du terme. Car la subrogation légale ne lui donne pas plus de droits que le créancier lui-même n'en avait. Il s'ensuit encore qu'elle est déchue du bénéfice de discussion et de division, puisqu'il n'y a qu'elle contre qui la dette soit actuellement exigible.

Cependant, lorsque la caution que devait fournir le débiteur, soit qu'elle ait été reçue par le créancier volontairement ou en justice, est ensuite devenue insolvable, il doit en être donné une autre. Cette règle reçoit exception, dans le cas seulement où la caution n'a été donnée qu'en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé une telle personne

(1) Bedarride, n° 97.—Esnault, n° 169.

pour caution (2020) (1). Ainsi, quand le débiteur doit fournir une autre caution, s'il ne la fournit pas, il ne peut plus invoquer le bénéfice du terme.

26. Lorsque, aux termes de l'article 1188, le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme, le créancier reprend le plein exercice de ses droits. Il peut, en conséquence, exiger le payement par toutes les voies de droit, citation en justice, commandement, saisie, saisie-arrêt, opposition, production à l'ordre ou à la distribution. Il agit, en un mot, comme si le terme était échu.

Il est même indifférent qu'en convenant du terme, il ait été stipulé que le créancier ne pourrait exercer de poursuites ou les continuer, qu'après avoir adressé préalablement au débiteur une sommation ou un commandement. Celui-ci n'en est pas moins déchu de tout délai, les causes mêmes de déchéance impliquant, à l'égard du créancier, péril en la demeure, et la stipulation dont il s'agit n'ayant elle-même d'autre résultat qu'une prorogation du terme.

Mais il reste toujours cette différence essentielle entre le terme et la condition, que le créancier simplement à terme peut toucher, quoique les délais ne soient pas expirés, tandis que le créancier conditionnel n'a pas le droit de toucher, mais seulement d'exiger que des sûretés soient prises pour assurer le payement, en cas que la condition se réalise ; par exemple, contraindre les autres créanciers qui touchent à son exclusion, à s'obliger à rapporter à son profit, si, par la suite, l'évènement de la condition arrive (2).

Quant aux questions de compensation, en cas de déchéance du terme, nous les examinerons plus loin (3).

(1) Voy., sur le sens de l'art. 2020, POTHIER, *Oblig.*, n° 391. — DELVINCOURT, t. 3, pag. 143. — MALEVILLE, art. 2020. — DURANTON, t. 18, n° 329, note. — ZACHARIÆ, t. 3, pag. 155, n° 10. — TROPLONG, *Caut.*, n°s 212 et suiv.

(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 235.

(3) Voy. 1291, n° 26.

27. Tels sont les effets de l'exigibilité, que, si la créance n'est pas productive d'intérêts, le créancier, quelle que soit l'anticipation dont il profite, n'a à subir aucune réduction sur le capital, pour cause d'escompte ou à tout autre titre. Il est bien vrai qu'en payant plus tôt on paye plus, et que le temps a sa valeur. Cependant, s'il y avait lieu à une réduction quelconque, il ne serait plus exact de dire que le débiteur est déchu, puisque la déchéance qui emporte l'idée de peine, aurait lieu sans préjudice pour lui, et que le créancier aurait à payer, en quelque sorte, sous forme d'escompte ou autrement, le prix de l'exigibilité. D'ailleurs, toute disposition qui soumettrait, dans ce cas, la créance à un escompte ou à toute autre retenue, pourrait, dans certaines hypothèses, produire des résultats aussi contraires à l'équité que ceux qu'elle aurait pour objet ou pour prétexte de prévenir (1)

S'il était établi par les circonstances de la cause que la créance comprend des intérêts à échoir, en les englobant dans le capital, il y aurait lieu d'en opérer le retranchement, eu égard au temps qui restait à courir, d'après les termes de la convention. Mais, pour que cette réduction ait lieu, il faut nécessairement qu'il y ait eu un capital préalablement fixé, lequel n'a été augmenté qu'au moyen d'intérêts à échoir, comme si vous ayant vendu ma maison dix mille francs, je m'étais fait souscrire par vous des valeurs à terme, sans intérêt, mais accrues des intérêts capitalisés. Que si, au contraire, il n'y a jamais eu d'autre principal déterminé que le montant même de l'obligation stipulée à terme, comme alors on ne peut déterminer un principal différent, que par une opération d'escompte, la déchéance du terme a lieu contre le débiteur, sans qu'il soit en droit de demander aucune réduction. Ces nuances, qui marquent des situations différentes, ne sont pas toujours faciles à saisir; c'est à la sagacité du juge de les distinguer.

(1) Voy. cep. Duranton, T. 11, n° 114.

SECTION III.

DES OBLIGATIONS ALTERNATIVES.

ARTICLE 1189.

Le débiteur d'une obligation alternative est libéré par la délivrance de l'une des deux choses qui étaient comprises dans l'obligation.

Sommaire.

1. Obligation simple, obligation composée.
2. Obligation conjonctive.
3. Si les choses sont prises séparément comme objets, il n'y a pas d'obligation conjonctive.
4. La réunion de plusieurs obligations distinctes, sauf novation, ne constitue pas une obligation conjonctive.
5. Le payement de l'obligation conjonctive est indivisible.
6. Obligation alternative. Comment elle comprend plusieurs choses.
7. Elle diffère de l'obligation dite *generis*,
8. Et de celle où l'objet est *incertum de certis*.
9. Du cas où elle comprend des sommes ou quantités différentes de la même chose.
10. Renvoi, quant à ses différences d'avec l'obligation avec clause pénale.
11. En quoi elle diffère de l'obligation conditionnelle.
12. La détermination de l'objet a un effet rétroactif.

COMMENTAIRE.

1. Une obligation peut avoir pour objet une seule chose ou en avoir plusieurs. Lorsqu'elle n'a qu'une seule chose pour objet, on dit qu'elle est simple; si elle en embrasse plusieurs, on dit qu'elle est composée.

L'obligation composée prend elle-même différents noms, suivant la manière dont elle contient et réunit les diverses choses qui lui servent de sujet. Ainsi, elle est conjonctive, ou alternative, ou facultative.

2. Une obligation est conjonctive, lorsqu'elle a pour objet plusieurs choses, de telle sorte que le débiteur est tenu à la

fois de toutes ces choses, en vertu d'un seul et même titre. Telle est l'obligation par laquelle je vous vends, par un seul et même acte, pour un seul prix en bloc, un pré, une terre et un bois.

L'obligation ne cesse cependant pas d'être simple, quoique son objet comprenne plusieurs individus différents entre eux, lorsque cet objet a été considéré comme un être collectif, et un conséquemment. Je vous vends mon domaine, mon cheptel, mon troupeau de moutons, ma bibliothèque. Mon domaine se compose de plusieurs héritages, mon cheptel de plusieurs bêtes, mon troupeau de plusieurs moutons, ma bibliothèque de plusieurs livres. Néanmoins, ils ne constituent qu'un seul et unique objet, parce qu'ils constituent ensemble une collection qui comprend tout, sans qu'on ait besoin d'exprimer avec détail chaque chose particulière (1).

3. Si les diverses choses prises pour objet de l'obligation avaient été distinguées et séparées, de manière à former autant d'objets particuliers d'obligations différentes, il y aurait alors autant d'obligations simples que de choses diverses, bien qu'il n'y eût qu'un seul et même titre. Je vous vends un pré tant, un bois tant, et une terre tant, par un seul et même acte ; il y a là trois obligations simples, absolument indépendantes les unes des autres.

4. Dans l'obligation conjonctive, le débiteur est tenu à la fois de toutes les choses comprises comme objet de cette obligation. C'est là une de ses conditions essentielles. Mais il ne faut pas assimiler à cette conjonction d'engagements, qui résulte d'un titre et d'une convention uniques, la simple réunion d'engagements divers, qui résulte de la parité d'échéance et de lieu pour le payement. Bien que plusieurs choses doivent être payées au même lieu et au même jour, il ne s'ensuit nullement que leur réunion fortuite ou préméditée constitue une obligation conjonctive. Comme elles ont été prises dans des

(1) L. 29 et 86, *ff. De verb. oblig.*

conventions différentes, pour objets particuliers d'obligations distinctes, il n'y a toujours que des obligations simples, indépendantes les unes des autres, dans leur exécution, comme dans leur principe. Le débiteur n'est donc pas tenu de toutes à la fois, en ce sens qu'il peut forcer le créancier à recevoir divisément le payement de chacunes d'elles.

D'où la conséquence que la réunion, par convention ultérieure, d'une somme ou d'un corps certain, ou de toute autre chose qui n'aurait point été comprise dans la convention précédente, n'opère point novation, et ne produit, au contraire, que deux obligations distinctes (1). Mais il est entendu que, s'il résultait de l'acte que les parties ont eu l'intention de faire novation, il faudrait exécuter, dans ce sens, leur dernière convention, qui se résumerait alors dans une obligation conjonctive.

5. On dit que, dans les stipulations, il y a autant de stipulations que de sommes, que d'individus, que de choses; *tot stipulationes esse quot summæ, quot species, quot res sunt* (2). Il n'en faut point conclure cependant que ce soit autant d'obligations absolument distinctes les unes des autres, comme si elles résultaient de causes et de titres différents. Il est vrai, au contraire, que l'obligation conjonctive doit être assimilée à l'obligation simple, sous les divers rapports de l'indivisibilité du payement, et des conséquences de l'inexécution, en ce qui touche les dommages et intérêts, la condition résolutoire, l'action en garantie.

Nous disons que le payement de l'obligation conjonctive est indivisible, en ce sens que le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir un payement partiel, pas plus que dans le cas d'une obligation simple (1244). Telle est, en effet, la règle générale. Ainsi, vous ayant vendu un pré, une terre et un bois, je ne puis valablement vous offrir la délivrance séparée du pré, de la terre ou du bois. Je dois vous offrir la délivrance du tout

(1) L. 29, *ff. De verb. oblig.*
(2) L. 29, *ff. De verb. oblig.*

ensemble et à la fois. C'est que votre stipulation est une, quoiqu'elle comprenne plusieurs objets, et que l'indivisibilité du payement tient surtout à cette unité de stipulation qui révèle l'intention des parties (1).

Il est à observer, toutefois, que la divisibilité du payement pourra, le plus souvent, résulter, sinon de la variété seule des objets compris dans l'obligation, du moins de la diversité des échéances et des lieux de payement, ou des autres circonstances servant à établir que, dans l'intention des parties, l'exécution peut se faire, distinctement et séparément, pour chacune des choses et des prestations réunies.

Il est fort important de distinguer, dans la pratique, l'unité d'une obligation conjonctive de la pluralité d'obligations simples. Les détails dans lesquels nous venons d'entrer le font suffisamment comprendre. Nous nous bornerons donc à y ajouter un seul exemple : S'il a été vendu deux fonds par le même contrat, et pour un seul et même prix, avec désignation de la mesure de chacun, et qu'il se trouve moins de contenance en l'une et plus en l'autre, on fait compensation jusqu'à due concurrence; et l'action, soit en supplément, soit en diminution du prix, n'a lieu que suivant les règles communes. (1623). S'il y avait, au contraire, autant de ventes distinctes que de fonds, on ne pourrait établir d'une vente à l'autre, aucune compensation de contenance ou plutôt de valeur.

6. Venons maintenant à l'obligation alternative ou disconjonctive. L'obligation est alternative, lorsqu'elle comprend diverses choses séparées par une particule disconjonctive. Telle est l'obligation de vous livrer un cheval ou un bœuf.

A la différence de l'obligation conjonctive, par laquelle le débiteur est tenu de toutes les choses ensemble et à la fois, dans l'obligation alternative, il n'est tenu que séparément de chacune des choses qu'elle a pour objet. Aussi, l'article 1189 dit-il que le débiteur d'une obligation alternative est libéré par

(1) Voy. cep. Toullier, t. 6, n° 686. — Zachariæ, t. 2, pag. 278.

la délivrance de l'une des deux choses qui étaient comprises dans l'obligation (1).

Les anciens docteurs ont agité, à cet égard, une question qui nous semble purement oiseuse. Ils se sont demandé comment les choses étaient dues dans une obligation alternative. Les uns ont pensé que toutes les choses étaient dans l'obligation également et au même titre, qu'en un mot, elles étaient dues toutes les deux, du moins que chacune d'elles était due sous cette condition, si l'autre chose n'est point payée, puisque la délivrance de l'une d'elles suffit pour libérer le débiteur.

Dumoulin (2) combat cette opinion avec cette âpreté de réfutation qui lui est propre. Suivant lui, et ce sentiment est le seul qui nous paraisse conforme à la nature de l'obligation alternative, le débiteur n'étant point tenu de toutes les choses à la fois, mais de l'une d'elles seulement, il est faux qu'elles soient toutes dans l'obligation, c'est-à-dire toutes également dues. Comme elles sont comprises dans l'acte, non simplement, mais alternativement, il est évident qu'elles ne sont comprises dans l'obligation que de la même manière. Jusqu'au choix qui sera fait par le débiteur ou par le créancier, on ignore quel sera l'objet définitif de l'obligation ; et c'est en ce sens que Pothier dit (3) que les choses comprises dans une obligation alternative, sont toutes dues, sans néanmoins qu'aucune soit due déterminément. Aussi, M. Toullier (4) nous semble-t-il accuser injustement d'erreur et d'inexactitude cette opinion de Pothier, qui ne s'écarte que par l'expression de l'opinion de Dumoulin.

7. Voici une autre question qui se rattache à la théorie des obligations alternatives : Certains docteurs avaient pensé que dans les obligations dont l'objet consiste dans une chose qui n'est déterminée que dans sa quantité et dans son espèce,

(1) L. 110, § 3, *ff. De reg. jur.*
(2) *Div. et indiv.*, P. 2, nos 117 et suiv.
(3) *Oblig.*, n° 248.
(4) T. 6, n° 689, note.

obligationes generis, comme celle de donner un cheval, un hectolitre de blé, tous les individus du même genre étaient également dus, comme compris dans l'obligation généralement et par un dénombrement tacite. Dans leur opinion, chaque individu du genre était dû sous cette condition, si cet individu est choisi, en définitive, ou si aucun autre n'est choisi pour être l'objet du payement.

Dumoulin (1) s'élève contre cette opinion. Il est bien vrai, suivant lui, que cet aperçu est plus sensible lorsque le choix est déféré au créancier; que, sous le rapport du payement, chaque individu du genre est dans l'obligation, sous cette condition toutefois, si le choix porte sur lui. Cependant, cette prétendue condition, qui n'a trait qu'au payement, et qui tient à la nécessité même de l'exécution, ne concerne nullement l'obligation à laquelle elle ne se rattache que comme un évènement de fait, sans influence sur sa nature propre. Or, il n'est pas exact de prétendre que cette obligation générique d'un cheval, d'un hectolitre de blé, soit conditionnelle, alors qu'elle est parfaitement pure et simple, ni que chacun des individus composant le genre soit compris dans l'obligation, alors, au contraire, qu'elle n'en contient qu'un, qui est seulement incertain dans sa détermination. Ce n'est donc point le genre, ni, alternativement, tous les individus du genre qui sont l'objet de l'obligation; elle est simple et ne comprend qu'une chose, indéterminée dans son individualité propre, et qu'il s'agit uniquement de déterminer comme individu, au moment et pour les nécessités du payement.

8. Quelle qualification convient-il de donner à l'obligation dont l'objet consiste dans un objet incertain, à prendre parmi d'autres objets certains? Telle est, par exemple, l'obligation de livrer cinq moutons de mon troupeau, un cheval de mes écuries, en un mot, ce qu'on appelle *incertum de certis*. Est-ce une obligation de genre, *generis?* Toute obligation alternative, dit Du-

(1) *Div. et indiv.*, p. 2, n° 95 et suiv.

moulin (1), suppose une expression nette d'alternative. Ainsi, bien que l'objet de l'obligation soit à prendre parmi des corps certains, cependant, si aucun n'est déterminé expressément, ce ne saurait être une obligation alternative, mais une obligation qu'il appelle *generis subalterni*, de genre subalterne, c'est-à-dire de genre spécifié dans une plus grande collection générique, quand bien même ce genre subalterne ne contiendrait que deux ou trois individus, parce que cette circonstance de plus ou moins grande quantité est un fait sans influence sur la forme essentielle de l'obligation.

S'il est vrai que, en principe, cette obligation *unius de certis*, quelque restreint que soit le genre subalterne, doive être rangée dans la classe des obligations *generis*, avec lesquelles elle a le plus d'affinité, néanmoins elle devient une obligation alternative, s'il y a, dans l'obligation, dénombrement et indication expresse des objets, quand même ils dépasseraient le nombre de trois, quatre, cinq, six, etc. (2). Il y a, en effet, mais alors seulement, obligation alternative, quand les choses sont nommément et expressément indiquées. Tel est le cas où je vous promets l'un de mes deux chevaux blancs, l'un de mes quatre domaines situés dans telle et telle commune. L'objet de l'obligation, au moyen de cette détermination qui le spécifie, sort, dans ce cas, de l'abstraction du genre, et comprend alternativement, sous l'expression résumée d'une alternative, les divers corps certains qui ont été nommément énumérés.

9. Lorsqu'il s'agit de deux sommes ou quantités différentes d'une même chose, comme quinze ou dix francs, dix ou cinq hectolitres de blé, l'obligation est pure et simple, et se réduit à la somme ou à la quantité moindre (3).

Mais cette règle nous paraît susceptible de plusieurs excep-

(1) *Div. et indiv.*, P. 2, n° 123.

(2) DUMOULIN, *Div. et indiv.*, P. 2, n° 156.

(3) L. 12, *ff. De verb. oblig.* — POTHIER, *Oblig.*, n° 345. — DURANTON, T. 11, n° 134.

tions. Elle ne saurait être vraie que dans le cas où le choix appartient au débiteur, et où toutes les clauses et conditions sont les mêmes pour les divers membres de l'alternative. Si le choix appartenait au créancier, l'obligation devrait être réputée pure et simple pour la somme ou la quantité la plus forte, comme elle l'est, dans le cas inverse, pour la somme ou la quantité moindre.

D'autre part, si le membre de l'alternative qui contient la somme ou la quantité moindre, est assortie de clauses et conditions différentes, l'obligation conserve, dans toute sa pureté, son caractère d'obligation alternative, n'importe à qui appartienne la faculté d'option. Par exemple, je vous livrerai cent hectolitres de blé dans trois mois, ou cent cinquante dans six mois.

L'obligation est enfin parfaitement alternative, lorsque, toutes choses étant égales d'ailleurs, la différence de somme ou de quantité offre au débiteur ou au créancier un intérêt quelconque, autre que cette différence même. Je m'oblige à vous prêter cinq cents francs ou mille francs. J'ai intérêt à prêter par somme ronde. Je promets de vous rembourser par somme de cinq cents francs ou de mille francs; vous avez intérêt à recevoir des à-comptes ronds et d'une certaine importance.

10. Lorsque nous traiterons des obligations avec clause pénale, nous examinerons les différences qui les distinguent des obligations alternatives.

11. Mais nous devons indiquer ici en quoi ces dernières diffèrent des obligations conditionnelles. Quant à celles-ci, c'est leur existence même qui dépend d'un évènement futur et incertain. L'obligation alternative est, au contraire, certaine et assurée dans son existence. Il n'y a d'incertitude que touchant l'objet qui servira à l'acquitter. Mais cette incertitude, qui ne concerne que le payement, et nullement l'existence de l'obligation, n'offre elle-même aucun des caractères de la condition proprement dite. Ce n'est point en effet un évènement

incertain, puisqu'il est assuré par l'action en payement, que l'option qui doit déterminer l'objet du payement se réalisera tôt au tard. Autant il vaudrait dire qu'une obligation est conditionnelle, lorsque son objet, consistant *in genere*, n'embrasse que des choses déterminées dans leur quantité et dans leur espèce, parce qu'on ne sait, jusqu'au payement, quelle chose sera choisie pour l'effectuer. Une pareille obligation est incontestablement pure et simple.

Aussi, ne doit-on point appliquer aux obligations alternatives les dispositions des articles 1040 et 1182, relatives à la caducité des institutions et legs conditionnels, et aux risques de la chose due sous condition suspensive.

12. La détermination de l'objet qui sert au payement de l'obligation alternative, a un effet rétroactif, en ce sens que cet objet est réputé avoir été, dès le principe, seul compris dans l'obligation purement et simplement. Il en résulte que, lorsque de deux ou plusieurs choses qui sont dues sous une alternative, l'une est meuble et l'autre immeuble, la qualité de la créance est en suspens jusqu'au payement. Elle sera donc censée mobilière ou immobilière, suivant la nature de la chose que le débiteur ou le créancier aura choisie (1). Elle sera de même divisible ou indivisible, suivant la nature de l'objet sur lequel ils auront fait porter leur option.

Article 1190.

Le choix appartient au débiteur, s'il n'a pas été expressément accordé au créancier.

Sommaire.

1. Le choix appartient au débiteur, sauf clause contraire.
2. Peu importe comment cette clause est exprimée.
3. Des offres et de la demande comme signe d'option.

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 254, et *Communauté*, n° 74.—Toullier, t. 6, n° 699.

4. Du payement et de la réception de l'une des choses, comme expression d'un choix consommé.
5. De la répétition de l'indû de la part du débiteur.
6. Le créancier peut aussi, pour cause d'erreur, être relevé de son choix.
7. Il ne le peut pour vices cachés, sauf action rédhibitoire.
8. Du cas de redevances, rentes et prestations annuelles.
9. Le choix passe aux héritiers.

COMMENTAIRE.

1. Comme il est de l'essence de toute obligation alternative, que le débiteur soit libéré par la délivrance de l'une des choses comprises dans l'obligation, il s'ensuit, comme conséquence naturelle, qu'il est libéré par le payement de celle qu'il lui convient de choisir. Aussi, l'article 1190 dispose-t-il que le choix appartient au débiteur, s'il n'a pas été expressément accordé au créancier (1).

Rien ne s'oppose, en effet, à ce que les parties conviennent que le choix appartiendra au créancier, au lieu d'appartenir au débiteur. Mais comme la convention contient, dans ce cas, une dérogation aux règles ordinaires qui, dans le doute, doivent l'emporter, cette dérogation doit être formelle et expresse.

2. Il importe peu, du reste, en quels termes il ait été convenu que le choix appartiendra au créancier. La loi n'impose, à cet égard, aucune expression sacramentelle. Il y a même de certaines expressions qui, par elles-mêmes, signifient clairement que le choix a été retiré au débiteur et accordé au créancier. Tel est le cas où il est dit dans le legs ou la donation de choses alternatives, que le donataire ou le légataire prendra, prélèvera, aura la faculté de prendre ou de prélever telle ou telle chose. Il est évident que de semblables locutions emportent avec elles l'idée d'un choix et d'une option accordés au créancier. Car, pour prendre, pour prélever, il faut nécessairement qu'il choisisse lui-même (2).

(1) L. 25, *ff. De contr. empt.*
(2) Duranton, t. 11, n° 137.

S'il était dit, au contraire, simplement que le créancier exigera, demandera, se fera délivrer telle ou telle chose, le choix n'en continuerait pas moins d'appartenir au débiteur. Car ces expressions ne font que signifier un droit d'action, dont l'exercice est indépendant de l'option à faire, et s'accommode également avec une faculté d'option réservée au débiteur ou accordée au créancier. Il n'y a donc pas de dérogation formelle. Cependant, si les autres clauses de l'acte et les diverses circonstances soumises à l'interprétation, établissaient que le choix a été déféré au créancier, il faudrait, bien que cette faculté d'option n'eût pas été exprimée en termes formels, en reconnaître l'existence en sa faveur.

Il peut même y avoir des obligations alternatives où le choix appartient au créancier, en vertu du seul usage, qui concourt lui-même à en déterminer le sens et l'étendue.

3. L'exercice de la faculté d'option se manifeste et s'exprime ordinairement, du côté du débiteur, par des offres, et du côté du créancier, par une demande. La chose due est alors déterminée, et l'obligation, d'alternative qu'elle était dans le principe, devient pure et simple, par suite de l'élimination des autres choses qui y étaient comprises.

Ce n'est pas cependant que le débiteur ne puisse retirer ses offres, tant qu'elles n'ont pas été acceptées tacitement ou expressément. Jusqu'à leur acceptation, elles lui appartiennent et ne l'engagent point. Il peut, dès lors, revenir sur elles, les rétracter, et rentrer dans les termes primitifs de l'obligation alternative, pour refaire un nouveau choix, comme si déjà il n'avait fait d'offres d'aucune espèce.

Le créancier peut de même retirer sa demande, tant qu'il n'y a pas été répondu par une adhésion expresse ou tacite; à plus forte raison, si elle a été l'objet d'une contestation de la part du débiteur. En la retirant, il rentre dans son droit primitif d'option.

L'obligation alternative ne devient donc définitivement pure et simple, que lorsque la chose due a été déterminée par un

choix irrévocable, c'est-à-dire lorsqu'il a été répondu aux offres du débiteur, ou à la demande du créancier, par une acceptation de l'autre partie, et qu'il s'est ainsi formé entre eux, à cet égard, les liens d'une convention (1).

4. Parmi les diverses expressions d'un choix consommé, nous plaçons le payement ou la réception de l'une des choses comprises dans l'obligation, pourvu que le payement et la réception en aient été effectués en connaissance de cause. Il est bien évident, en effet, dans ce cas, que chaque partie a entendu exercer, et a en même temps épuisé sa faculté d'option.

Un payement partiel, une réception partielle de l'une des choses dues suffit même pour déterminer et fixer l'objet de l'obligation. Comme le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre, et que le créancier ne peut non plus forcer le débiteur à lui payer une partie de l'une et une partie de l'autre, le payement et la réception effectués, en connaissance de cause, d'une portion, à titre de simple à-compte, emportent nécessairement l'idée d'une option irrévocablement consommée.

Cependant Dumoulin (2) prétend que le débiteur à qui le choix appartient, n'est pas censé avoir exercé ni épuisé son droit d'option, par cela seul qu'il a offert et effectué un payement partiel, parce qu'il peut fréquemment arriver que le débiteur ne puisse achever le payement du surplus, ou qu'il ait intérêt de délivrer une autre chose; et il ajoute que le créancier n'est point censé non plus épuiser son droit d'option, par cela seul que le débiteur, ou l'un des héritiers du débiteur a fait entre ses mains délivrance de portion d'une chose déterminée. Le créancier, dit-il, a pu ne pas avoir le temps et les moyens de prendre une résolution, et, s'il les a eus, il a pu, sans toutefois faire encore son option, recevoir la partie offerte simplement à titre de plus grande garantie.

Cette opinion de Dumoulin nous semble faire de l'exception

(1) Voy. Toullier, t. 6, n° 692, note.
(2) *Div. et indiv.* p. 2, n° 128.

la règle générale. Sans doute, si les suppositions qu'il établit sont prouvées être des réalités, ni le débiteur, ni le créancier n'auront épuisé leur faculté d'option, puisqu'ils n'auront payé ou reçu que sous toutes réserves. Mais ce cas ne peut être que l'exception ; car le fait seul de payer ou de recevoir, en connaissance de cause, une portion d'une chose déterminée suffit pour établir l'exercice de la faculté d'option, puisque, d'une part, la délivrance d'une seule chose libère le débiteur et satisfait le créancier, et que, d'autre part, la portion payée ne l'a été et ne l'a pu être qu'à titre de chose due. En un mot, le payement et la réception partiels supposent la détermination de la dette, et conséquemment l'exercice préalable du droit d'option (1).

5. Si, par erreur et croyant la devoir d'une manière déterminée, tandis qu'en réalité elle était due d'une manière alternative, le débiteur paye une chose, il pourra exercer la répétition de l'indû, à la charge par lui d'offrir et de payer l'une des autres choses sur lesquelles son choix peut porter.

Ce point avait autrefois divisé les deux grandes écoles qui ont partagé les jurisconsultes romains. Celse, de l'école des proculéiens (2) décide que la répétition de l'indû n'existe pas, parce que la chose payée étant comprise dans l'obligation, on ne peut dire qu'elle ait été payée sans être due. Julien, de l'école des sabiniens (3) décide, au contraire, que le droit de répétition existe. C'est qu'en effet l'erreur du débiteur ne saurait lui préjudicier ni aggraver son obligation, en le privant d'une faculté d'option ; c'est qu'ensuite il a réellement payé une chose qu'il ne devait pas, puisque l'exercice du choix qui lui appartenait le dispensait de délivrer la chose qu'il a payée. Il se trouve donc dans les conditions de la répétition de l'indû. Cette opinion fondée sur les principes les plus rigoureux de

(1) TOULLIER, T. 11, n° 81.
(2) L. 19, *ff. De leg.* 2°.
(3) L. 32, § *ult.*, *ff. De cond. ind.*

la loi et de l'équité, doit seule être suivie dans notre droit français (1).

Il s'ensuit que, s'il s'était engagé à payer déterminément une chose, par erreur et dans l'ignorance de l'alternative, il pourrait revenir sur ce prétendu choix, et rentrer dans l'exercice de tous ses droits.

6. Quant au créancier, s'il avait demandé ou reçu payement d'une manière déterminée, par erreur et dans l'ignorance de la faculté d'option qui lui était accordée, il pourrait de même se faire relever du choix prétendu qu'il aurait ainsi fait, ou restituer au débiteur la chose par lui payée, pour exercer pleinement sa faculté d'option. L'exercice de cette faculté se traduit en effet dans une convention ; or il n'y a point de consentement valable, s'il n'a été donné que par erreur (1109).

7. Mais il ne pourrait pas revenir sur le choix qu'il aurait fait en connaissance, sous prétexte que la chose est atteinte de vices cachés. Il n'aurait alors à exercer que l'action qui naît de l'existence de ces vices, c'est-à-dire l'action rédhibitoire. Par le choix qu'il a fait, en connaissance de cause, il s'est en effet placé dans la même situation que si, dès le principe, il n'avait stipulé purement et simplement que la chose sur laquelle il a dirigé son option. Il pourra donc seulement rendre la chose et se faire restituer le prix, ou garder la chose et se faire rendre une partie du prix, avec ou sans dommages et intérêts, suivant que le débiteur aura connu ou ignoré les vices de la chose (1645) (2).

8. Dans le cas de rentes, pensions ou redevances annuelles alternatives, consistant dans le payement d'une somme d'argent ou de denrées, ou dans la prestation d'un fait, le débiteur ou le créancier, si le choix est accordé à ce dernier, peut, chaque année, opter pour l'une des choses promises, indépen-

(1) Dumoulin, *Div. et indiv.*, p. 2, n° 135. — Pothier, *Oblig.*, n° 255. — Toullier, t. 6, n° 692.

(2) *Contrà*, Toullier, t. 6, n° 692.

damment des choix faits pour les années échues, ou à faire pour les années à venir. En un mot, chaque année, un nouveau choix est à faire. C'est que chaque annuité constitue une créance distincte et séparée (1).

Cependant, s'il résultait de l'acte la preuve que les parties ont entendu que le choix fait une première fois, servît de règle pour l'avenir, ni le débiteur, ni le créancier ne pourraient plus varier, après avoir épuisé d'un seul coup leur faculté d'option.

9. Cette faculté, soit qu'elle appartienne au débiteur ou au créancier, n'a rien de personnel. Elle passe donc aux héritiers et ayants-cause, qui l'exercent alors au lieu et place de leur auteur. S'ils s'entendent et se mettent d'accord, pas de difficulté; l'unanimité d'intentions équivaut à l'unité de personnes. Mais ils peuvent ne pas être d'accord; nous examinerons ce point sous l'article suivant (2).

Article 1191.

Le débiteur peut se libérer en délivrant l'une des deux choses promises, mais il ne peut pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre.

Sommaire.

1. Le payement est indivisible à l'égard du débiteur,
2. Et à l'égard du créancier.
3. Comment le créancier doit former sa demande. Observation.
4. Le choix appartenant au créancier, comment le débiteur doit faire ses offres. Observation.
5. Effets des offres.
6. *Quid*, si le débiteur demande un délai pour se procurer celle des choses dues qu'il n'a pas?

(1) L. 21, § 6, *ff. De act. empt.*—Pothier, *Oblig.*, n° 247.—Toullier, t. 6, n° 693. — Proudhon, *Usuf.*, t. 1, n° 464. —*Contrà*, Duranton, t. 11, n° 141.

(2) 1191, n°s 8 et suiv.

7. Quid, si le débiteur refuse de s'expliquer sur son option ?
8. Les héritiers doivent se concilier pour l'exercice du choix.
9. Du cas où, le créancier ayant le choix, ses héritiers ne se mettent point d'accord.
10. Peuvent-ils, dans leurs rapports réciproques, se contraindre à se concilier pour l'exercice de leur choix ? Comment ?
11. Du cas où les héritiers du débiteur ne se concilient point. Quels sont les droits du créancier ?
12. Du cas où, de part et d'autre, il y a plusieurs héritiers du débiteur et du créancier.

COMMENTAIRE.

1. Le législateur répète ici ce qu'il a dit plus haut : le débiteur peut se libérer en délivrant l'une des deux choses promises ; mais il ajoute qu'il ne peut forcer le créancier à recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre. L'objet de l'obligation doit, en effet, consister dans l'une ou l'autre, et non dans des portions égales ou inégales de chacune d'elles. Le débiteur est forcé d'opter, et, son droit d'option une fois exercé, l'obligation devient pure et simple, et doit être exécutée entre lui et le créancier d'une manière indivisible.

2. Réciproquement, dans le cas où le choix a été accordé au créancier, il ne peut forcer le débiteur à lui payer une partie de l'une des choses promises, et une partie de l'autre. Il doit choisir l'une des deux choses, parce que l'objet de l'obligation, quant au payement, ne peut consister que dans l'une d'entre elles. Autrement, on violerait la loi du contrat, en le dénaturant (1).

3. Nous allons maintenant tirer les conséquences de ce principe, en ce qui concerne les actions du créancier et les exceptions du débiteur.

De ce que le débiteur est libéré par la délivrance de celle des choses promises qu'il lui convient de choisir, il suit que le créancier ne peut régulièrement lui demander, soit les deux choses conjointement et cumulativement, soit l'une d'entre elles d'une manière déterminée. Pour être régulière, sa de-

(1) L. 8, § 1, ff. De leg., 1°.

mande doit embrasser toutes les choses de la façon qu'elles sont dues, c'est-à-dire d'une façon alternative (1).

Il faut appliquer les mêmes principes aux actes qui ont pour objet de constituer le débiteur en demeure.

Cependant, si, sur la poursuite ou la mise en demeure, le débiteur venait à choisir précisément la chose demandée par le créancier déterminément, dans ce cas, la poursuite et la mise en demeure nous semblent régularisées. C'est que l'option faite par le débiteur ayant un effet rétroactif, il en résulte que le créancier a régulièrement agi, puisqu'il a demandé la seule chose qui soit censée avoir fait, dès le principe, l'objet de l'engagement. Le créancier aura donc intérêt, aussitôt qu'il s'apercevra de l'irrégularité de son action, à en modifier les conclusions, s'il est encore en droit et à temps de le faire, et à exiger que le débiteur exerce sa faculté d'option.

4. Lorsque le choix appartient au créancier, il est clair que, s'il ne peut demander simultanément les deux choses, il peut du moins demander celle qu'il lui plaît.

Mais il en résulte que le débiteur doit offrir alternativement les deux choses, et qu'il ne peut régulièrement offrir l'une des deux choses déterminément. De pareilles offres seraient insuffisantes et non satisfactoires, à moins cependant que le créancier ne vînt à choisir précisément la chose offerte qui, par suite de l'effet rétroactif de l'option, serait censée avoir été seule comprise dans l'obligation. Aussi, le débiteur fera-t-il prudemment, dans l'instance en validité d'offres, de demander que le créancier fasse son option, puisque la validité des offres peut en dépendre.

5. Lorsque les offres sont régulières et satisfactoires, elles ont pour effet de constituer, à son tour, le créancier en demeure de recevoir, de prévenir ou de purger la mise en demeure du débiteur, et de faire passer la chose offerte, pourvu qu'elle soit déterminée comme corps certain, aux risques et périls du créancier.

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 248.

6. La faculté d'option, accordée au débiteur, ne doit point lui servir de prétexte pour retarder le payement de l'obligation alternative, lorsque d'ailleurs elle est exigible. Si donc il prétendait vouloir délivrer celle des choses qu'il n'a pas, et qu'il demandât un délai pour se la procurer, il faudrait, sur l'opposition du créancier, ne pas l'écouter dans de semblables prétentions, et le condamner à payer la chose qui est actuellement dans ses mains, à moins que les juges ne lui accordent un délai de grâce.

On ne doit même pas lui réserver la faculté, s'il le préfère, de payer le prix de la chose qu'il n'a pas. Car cette chose ne pouvant être livrée, l'obligation alternative est devenue pure et simple, et le prix ne peut en être offert en place (1193). L'opinion contraire de Dumoulin (1) nous paraît aujourd'hui repoussée par le texte formel de la loi.

7. Le choix appartenant au débiteur ne saurait, sous un autre rapport, avoir pour résultat d'entraver et de paralyser les droits du créancier. Voici notre hypothèse : le créancier poursuit en payement le débiteur ; mais pour qu'il paye, il faut qu'il choisisse; or il refuse de s'expliquer sur le choix qu'il entend faire. L'action du créancier ne peut être certainement paralysée par le fait du débiteur. Mais n'aura-t-il contre lui qu'une action en dommages et intérêts, sous le prétexte que le refus de sa part d'exercer son option est une simple contravention à une obligation de faire, laquelle se résout naturellement en dommages et intérêts? Nous croyons qu'il peut en outre forcer le débiteur à délivrer l'une des choses promises, en demandant que les juges fassent eux-mêmes l'option, ou qu'il soit lui-même autorisé à la faire, à la place et sur le refus du débiteur, auquel un délai peut encore être accordé pour s'expliquer, passé lequel il est d'ores et déjà déclaré déchu. Si, dans ce cas, la faculté d'option est transférée aux juges ou au créancier, le débiteur ne peut s'en plaindre, puisque cette dérogation à la convention des parties vient de son propre fait,

(1) *Div. et indiv.*, p. 2, n° 155.

et de la nécessité même de rendre possible le payement de l'obligation.

8. Lorsque le débiteur ou le créancier sont morts après avoir exercé leur faculté d'option, leurs héritiers ou ayants-cause sont tenus de respecter l'option irrévocablement consommée ; et l'obligation devient entre eux divisible ou indivisible, suivant que son objet est divisible ou indivisible.

Il en est de même lorsque le choix est exercé par eux, au lieu et place de leur auteur qui ne s'était pas encore lui-même expliqué. S'ils se mettent d'accord pour l'exercer, l'objet de l'obligation étant ainsi déterminé, il y a divisibilité ou indivisibilité de l'obligation, selon la nature de la chose sur laquelle ils se sont entendus et conciliés pour diriger leur choix.

Mais, de toute nécessité, il faut un choix. Les héritiers et ayants-cause du débiteur, ou même les débiteurs simplement conjoints ne peuvent en effet offrir ni payer, l'un, sa part dans une chose, et l'autre, sa part dans une autre chose. Les héritiers et ayants-cause du créancier, ou même les créanciers simplements conjoints ne peuvent non plus forcer le débiteur ou ses héritiers et ayants-cause à leur payer, à l'un, une part dans telle chose, et à l'autre, une part dans telle autre chose. A l'égard des uns comme des autres, il faut que l'option porte sur l'une des choses comprises dans l'obligation alternative. Autrement, il y aurait violation de la loi du contrat (1).

9. Qu'arrivera-t-il donc s'ils ne peuvent s'entendre sur le choix qu'ils doivent opérer ?

Voyons d'abord quant aux héritiers du créancier, lorsque le choix lui a été accordé. S'ils ne peuvent ou ne veulent se mettre d'accord pour l'exercice de leur faculté d'option, il est de toute évidence qu'aussi longtemps qu'il y aura désaccord entre eux, ils ne pourront poursuivre le débiteur en payement. L'action individuelle intentée par chacun d'eux est, en effet, irrégulière et irrecevable, parce que le débiteur ne peut

(1) DURANTON, T. 11, nos 138 et 139. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 279.

être contraint de payer à tel une portion dans une chose, alors qu'il peut être contraint de payer plus tard à tel autre une portion dans une autre chose. Ne devant qu'une seule et unique chose, parmi celles qui sont alternativement comprises dans l'obligation, il est en droit d'exiger que les héritiers du créancier se concilient préalablement pour l'exercice de leur option.

Si les choses dues alternativement étaient toutes des choses indivisibles, ou s'il y en avait qui fussent indivisibles, l'irrégularité de l'action individuelle des héritiers du créancier n'en serait que plus sensible et plus flagrante. Le débiteur serait en effet exposé, après avoir délivré indivisément une chose, sur la poursuite de l'un des créanciers, à être contraint d'en délivrer une autre, sur la poursuite des autres créanciers.

Dans tous les cas, et tant que les héritiers du créancier ne se sont pas mis d'accord pour exercer leur option, le débiteur n'a donc qu'à se renfermer dans la rigueur de son droit, pour repousser toute demande dirigée contre lui comme irrégulière et irrecevable. Il n'a qu'à garder une attitude expectante, sauf à lui, s'il le préfère, à prévenir une mise en demeure par des offres régulièrement signifiées.

Mais, supposons que le débiteur poursuivi en payement par l'un des créanciers, sans qu'aucune option ait été régulièrement faite, ait commis l'imprudence de délivrer tout ou partie de l'une des choses alternativement dues. Ce payement ne peut nuire aux autres créanciers non désintéressés, qui finissent par s'entendre entre eux pour l'exercice de leur option, et poursuivent en conséquence le débiteur. Par exemple, je dois à quatre héritiers, comme représentant leur auteur, quatre cents francs ou vingt hectolitres de blé; je paye à l'un cent francs, avant toute option; les trois autres s'accordent ensuite pour choisir le blé. Je leur payerai donc quinze hectolitres. Si, dans ce cas, je me trouve avoir payé partie en argent, partie en blé, je ne dois m'en prendre qu'à moi-même; car, si j'ai payé de cette façon, c'est que je l'ai bien voulu, à moins de réserves de ma part.

Mais ceci n'est rigoureusement vrai que lorsqu'il s'agit de choses également divisibles. Si, en effet, le débiteur avait commencé par payer une chose indivisible, ou qu'il fût poursuivi en payement d'une chose indivisible, il pourrait exiger que tous les créanciers, y compris même celui entre les mains de qui il a déjà payé, se conciliassent entre eux pour l'exercice de leur option, comme si déjà il n'avait rien délivré du tout. C'est qu'alors en payant, d'une part, une chose indivisible, et, de l'autre, une chose également indivisible, ou partie d'une chose divisible, il se trouverait payer plus qu'il ne doit. Il faudrait donc lui accorder la répétition de tout ce qui excède la dette. Mais, pour l'exercice de cette action en répétition, il faut, avant tout, que les créanciers s'entendent pour faire un choix. Car il n'y a que ce choix, dans lequel tous sont intéressés, qui puisse préciser contre qui et sur quoi devra s'exercer la répétition de l'indû.

10. Dans leurs rapports entre eux, les créanciers ont-ils quelques moyens de vaincre leur dissentiment et de triompher de leur désaccord? La question est délicate et importante. Il est dû à Titius, à son choix, dix mille francs ou un immeuble. Il institue pour héritiers ou légataires à titre universel, Primus pour les meubles, Secundus pour les immeubles. Chacun des légataires a un intérêt opposé dans l'exercice de l'option; car l'option déterminant l'objet de la dette, sert en même temps à fixer l'attribution de propriété. Dans ce cas, dit M. Toullier (1), il n'y a plus de raison pour donner le choix à l'un plutôt qu'à l'autre. Il faut prendre le sort pour juge. Une constitution de Justinien veut aussi que le sort prononce, *sorte hoc esse dirimendum*, lorsque dans le legs d'une chose au choix des légataires, les colégataires ou les héritiers du légataire ne s'accordent pas sur le choix (2).

La simplicité même de ce moyen de décision n'a rien qui nous séduise. Nos lois n'ont nulle part établi cette sorte de

(1) T. 6, n° 699.
(2) Instit., *De leg.*, § 23.

juridiction du hasard. Qu'il intervienne dans les partages judiciaires, pour déterminer les attributions de lots, son intervention résulte de la nécessité même des choses. Mais que l'on veuille bien remarquer que, dans ce cas, il ne fait que reconnaître et signaler les droits de chaque partie, et consacrer, comme moyen d'exécution, les décisions de la justice. Ici, au contraire, il exerce une véritable juridiction; il fait réellement office de juge; c'est lui qui statue, qui prononce sur une contestation, comme ferait le juge lui-même. Il fait perdre ou gagner un procès, ôte à l'un pour donner à l'autre, suivant la distribution de ses faveurs. Je voudrais bien savoir ce qu'il faut alors décider quant aux dépens, si celui qui perd doit y être condamné, s'il a le droit d'appeler, et comment s'exercera cet appel de la décision du hasard, au hasard lui-même.

Ce procédé de la voie du sort ouvre sans doute une issue commode pour sortir d'une difficulté. Elle dispense les juges de tout discernement, de toute intelligence, de toute responsabilité. Il aboutit à une sorte de jugement de Dieu. C'est à ce titre que nous le repoussons, comme étant en opposition avec les usages reçus et les véritables notions de la justice humaine. Les juges saisis de la contestation ne pourront donc pas forcer les créanciers dissidents à tirer au sort, pour savoir lequel d'entre eux sera chargé de choisir pour les autres, ou pour savoir sur quelle chose la fortune fait porter son option. Ce n'est pas que les parties ne puissent volontairement s'en remettre à la décision du sort; mais elles ne doivent pas y être condamnées malgré elles.

Aux juges donc appartient de prononcer, et d'exercer eux-mêmes la faculté d'option sur laquelle les créanciers ne peuvent ou ne veulent s'entendre. Par cela même, en effet, qu'ils ne sont point d'accord et qu'ils saisissent la justice de leur contestation, ils remettent à son arbitrage l'option qu'il leur est impossible de faire. Quant à l'exercice du choix que les ges sont ainsi chargés d'effectuer, en leur lieu et place, ils doivent se déterminer bien moins par l'avis, l'intérêt et les droits de la majorité que par la considération de ce que ferait,

suivant toute vraisemblance, un créancier unique, s'il était seul appelé à réaliser son option.

M. Duranton (1) énonce que l'émolument du droit doit être partagé, dans notre hypothèse, par les légataires, au lieu d'être tiré au sort. Pothier appelle ceci, quelque part, *judicium rusticorum*. C'est encore un moyen commode de se tirer d'embarras. Mais ce partage est repoussé par la volonté même du testateur, qui a légué à chacun des choses diverses, suivant leur nature mobilière ou immobilière. Les légataires peuvent faire sagement de transiger dans ces termes; mais ce qu'ils peuvent faire de leur plein gré, il n'est pas dit que les juges le puissent et doivent faire, en cas de contestation entre eux.

11. Nous supposons maintenant que les héritiers du débiteur à qui le choix appartient, ne s'entendent point pour l'exercice de ce choix. Il paraît, d'après Dumoulin (2), que les anciens docteurs éprouvaient de grands embarras et de terribles perplexités, sur le point de savoir comment il fallait s'y prendre pour venir au secours du créancier. Quant à lui, il dit, en deux mots, que le juge peut et doit condamner les débiteurs à se concilier pour l'exercice de leur option, leur fixer à cet effet un délai, passé lequel il choisira lui-même; qu'il peut même transférer au créancier la faculté d'option, non seulement quand les débiteurs ne veulent point choisir ni s'entendre, mais encore lorsqu'il n'y a de dissidence entre eux que sur l'exercice du choix. Il observe, toutefois, avec raison, que, si la faculté d'option est déférée au créancier, elle ne l'est pas d'une manière absolue; mais qu'il doit l'exercer, en droit et en raison, comme le juge l'exercerait lui-même. Du reste, ni le juge, ni le créancier ne sont tenus de choisir sur l'avis de la majorité, parce que cette majorité peut être le résultat d'une conspiration contre le créancier ou l'un des débiteurs (3).

(1) T. 11, n° 157.
(2) *Div. et indiv.*, P. 2, n° 171.
(3) DUMOULIN, *Div. et indiv.*, *ibid.*

Aujourd'hui encore, toutes ces décisions de Dumoulin doivent être suivies. L'action du créancier ne pouvant en effet être paralysée par le fait des débiteurs, il n'y a que la justice qui puisse, par les moyens qu'elle juge les plus convenables, écarter les obstacles qui s'opposent à l'exercice de son droit. Et, si les débiteurs encourent la déchéance de leur faculté d'option, ils n'ont qu'à se l'imputer à eux-mêmes.

Si le créancier, avant toute option consommée, avait reçu la part dans une chose, de l'un des débiteurs ou des héritiers du débiteur, et que les autres lui offrissent ensuite leurs parts dans une chose différente, il ne pourrait les refuser. Il est allé, en quelque sorte, lui-même au-devant de ce payement irrégulier et partiel, qui résulte de la nature divisible des choses dues (1).

Mais si, lors du premier payement fait avant toute option, il avait expliqué qu'il ne recevait qu'à titre d'à-compte, sous toutes réserves, et sous la condition que les autres opteraient pour la même chose, il aurait le droit, en restituant ce qu'il a reçu, de demander à celui qui, le premier, a payé sa part, la délivrance de sa part dans la chose définitivement choisie.

Que si, avant toute option, il avait reçu de l'un des débiteurs une chose indivisible, et qu'ensuite les autres lui fissent offre de leurs parts dans une chose divisible, ou d'une autre chose indivisible, il pourrait exiger que tous se missent d'accord, y compris même celui qui a fait un premier payement. En recevant, en effet, d'une part, une chose indivisible, et, d'autre part, une chose indivisible ou une portion de chose divisible, il aurait reçu, dans tous les cas, au-delà de ce qui lui est dû. Il est donc soumis à une action en répétition. Or il n'y a qu'une option faite par tous les débiteurs ensemble, qui puisse déterminer sur qui et sur quoi doit se faire la restitution. D'ailleurs, le créancier se trouve en présence de débiteurs qui manifestent leur dissidence, les uns, par un payement déjà fait, les autres, par des offres signifiées dans des termes diffé-

(1) Voy. DURANTON, t. 11, n° 290.

rents. Il peut donc, dans l'intérêt d'un payement régulier, exiger qu'il se concilient pour leur option.

12. Si, de part et d'autre, il y avait plusieurs débiteurs ou héritiers du débiteur, et plusieurs créanciers ou héritiers du créancier, il suffirait de combiner les principes par lesquels nous avons séparément expliqué la situation respective des uns et des autres.

Article 1192.

L'obligation est une, pure et simple, quoique contractée d'une manière alternative, si l'une des deux choses promises ne pouvait être le sujet de l'obligation.

Sommaire.

1. Comment l'obligation est pure et simple quand l'une des choses ne peut faire le sujet de l'obligation.
2. Du cas où elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

COMMENTAIRE.

1. Comme chaque chose est comprise dans l'obligation alternative, par elle-même et d'une manière principale, quoique alternativement, *per se et æquè principaliter, licet alternatim* (1), il s'ensuit que, si l'une des choses promises ne peut être le sujet de l'obligation, l'obligation est pure et simple, quoique contractée d'une manière alternative. Telles sont les dispositions de notre article. La stipulation de cette chose est en effet nulle, et il n'y a plus que l'autre chose qui demeure comprise dans l'obligation. L'alternative n'existe que dans les mots, elle a disparu dans les choses. C'est donc comme si une seule chose avait été stipulée.

Tel est le cas où le créancier a stipulé alternativement une chose qui lui appartient. L'obligation se trouve nécessairement déterminée à l'autre chose. Et, la chose qui lui appartient cessât-elle plus tard de lui appartenir, l'obligation n'en de-

(1) DUMOULIN, *Div. et indiv.*, P. 2, n° 157.

meurerait pas moins pure et simple, parce que, par application de la vieille règle catonienne, la stipulation concernant cette chose a été inutile dès le principe, et qu'elle ne peut acquérir d'efficacité après coup (1).

Et, à ce sujet, nous ferons remarquer qu'il en est autrement dans les obligations de genre, *generis*. Comme dans ces sortes d'obligation aucune chose n'y est par elle-même et individuellement comprise, il est indifférent qu'au moment où elle est contractée, le stipulant soit propriétaire ou non de quelques-unes des choses de l'espèce promise, parce qu'un genre, comme être collectif, n'appartient à personne.

L'obligation alternative devient encore pure et simple, en cas de vente, si, au moment de la vente, l'une des choses vendues alternativement était périe en totalité; ou si l'acquéreur abandonnait la vente, l'une des choses étant périe en partie seulement (1601).

2. Lorsque l'une des choses promises ne peut être le sujet de l'obligation, parce qu'elle est prohibée par la loi, contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, il ne faut pas croire que, dans ce cas, l'obligation devienne pure et simple. Elle doit être déclarée nulle pour le tout, à raison du vice qui infecte sa cause même.

Article 1193.

L'obligation alternative devient pure et simple, si l'une des choses promises périt et ne peut plus être livrée, même par la faute du débiteur. Le prix de cette chose ne peut pas être offet à sa place. — Si toutes deux sont péries, et que le débiteur soit en faute à l'égard de l'une d'elles, il doit payer le prix de celle qui a péri la dernière.

Article 1194.

Lorsque, dans les cas prévus par l'article précédent,

(1) Instit. *De inut stip.*, § 1. — Dumoulin, *ibid.* — Pothier, *Oblig.*, n° 249. — Toullier, t. 6, n° 694.

le choix avait été déféré par la convention au créancier, — ou l'une des choses seulement est périe, et alors, si c'est sans la faute du débiteur, le créancier doit avoir celle qui reste ; si le débiteur est en faute, le créancier peut demander la chose qui reste, ou le prix de celle qui est périe ; — ou les deux choses sont péries, et alors, si le débiteur est en faute à l'égard des deux, ou même à l'égard de l'une d'elles seulement, le créancier peut demander le prix de l'une ou de l'autre à son choix.

Sommaire.

1. Hypothèse prévue par lesarticles 1193 et 1194.
2. Tant que l'obligation est alternative, les risques sont à la charge du débiteur.
3. Comment elle devient pure et simple, si l'une des choses périt.
4. Le débiteur ne peut offrir, ni le créancier exiger le prix de cette chose.
5. Si le débiteur est en faute, il doit le prix de celle qui est périe la dernière,
6. Sans préjudice des dommages et intérêts.
7. Si les choses ont péri en même temps, le débiteur paye le prix de l'une d'elles, à son choix.
8. Dispositions de l'article 1194.
9. Critique de sa dernière disposition.
10. Les articles 1193 et 1194 s'appliquent à tous les cas où les choses ne peuvent être livrées.
11. du cas de perte partielle.
12. Du cas où les choses sont péries, ou l'une d'elles, par la faute du créancier.

COMMENTAIRE.

1. Nous réunisssons ces deux articles, parce qu'ils prévoient, l'un et l'autre, le cas où l'une des choses promises, soit toutes les deux, viennent à périr, après que l'obligation a été contractée. Si l'une des choses dues ou toutes les deux avaient péri auparavant, on aurait alors une obligation pure et simple, dans les termes de l'article 1192, ou bien une obligation nulle à défaut d'objet.

Ils supposent donc également, l'un et l'autre, que les cas de perte se sont réalisés après la convention faite, mais avant

toute option consommée. Car, si le choix avait été déjà fait, l'obligation serait censée pure et simple dès le principe ; et, à partir de l'option, les cas de perte de la chose due devraient être régis par les principes du droit commun, relatifs à la charge des risques ou à la responsabilité des fautes, c'est-à-dire que le débiteur serait libéré par la perte de la chose arrivée par cas fortuit et avant sa mise en demeure.

2. Bien que l'obligation de livrer une chose soit parfaite, par le seul consentement des parties, et qu'elle rende le créancier propriétaire dès l'instant que la chose a dû être livrée (1138), ce principe ne s'applique cependant pas aux obligations alternatives. La transmission de la propriété suppose, en effet, essentiellement un corps certain et déterminé. Or, tant que le créancier demeure dans les termes d'une créance alternative, il ne peut dire qu'il est propriétaire. La propriété ne passera donc pleinement sur sa tête que lorsque, d'une manière ou d'une autre, l'obligation sera devenue pure et simple (1).

Il suit de là que les risques regardent le débiteur, et qu'il les supporte aussi longtemps que l'obligation demeure alternative, puisqu'il n'a pas encore cessé d'être propriétaire.

3. Mais, comme les deux choses sont également comprises dans l'obligation d'une manière principale, quoique alternative, l'une étant périe, il en reste encore une autre pour faire le sujet de l'obligation ; et n'y ayant plus qu'un seul objet, l'obligation devient pure et simple. C'est ce que dit l'article 1193 : l'obligation alternative devient pure et simple, si l'une des choses promises périt et ne peut plus être livrée.

Il ajoute : même par la faute du débiteur. Ceci mérite explication.

Lorsque la chose a péri sans sa faute, nul doute qu'il ne doit plus que celle qui reste. Mais on s'est demandé si, dans ce cas, il ne pouvait pas offrir à la place de celle qui subsiste,

(1) Voy. 1138, n° 18.

l'estimation en argent de celle qui a péri. L'article 1193 décide que l'obligation est alors pure et simple, c'est-à-dire que le débiteur a perdu son droit d'option, et qu'il doit payer la chose qui subsiste. C'est que ce droit d'option ne peut s'entendre que d'une option réelle, effective, et qu'il ne peut plus s'exercer là où il ne reste qu'une chose unique (1).

D'un autre côté, lorsque l'une des choses a péri par la faute du débiteur, on aurait pu croire que, dans ce cas, le débiteur pouvait encore opter entre la seule chose qui subsiste et le prix de celle qui a péri, parce que ce prix, dû au moins à titre de dommages et intérêts, est censé représenter la chose. Mais, s'il est vrai que le débiteur soit libéré par le payement de dommages et intérêts, dans le cas où la chose due périt par sa faute, ce principe n'est applicable que lorsqu'il s'agit d'une chose unique, et que l'obligation ne peut être exécutée autrement. Or, dans une obligation alternative, tant qu'il reste une chose, l'obligation pouvant recevoir une exécution littérale au moyen de cette chose, devient nécessairement pure et simple. Il suffit, au surplus, de remarquer que le débiteur ne peut retourner contre le créancier les conséquences de son propre fait qui dénaturerait l'obligation (2). Aussi, l'article 1193 dit-il expressément que le prix de la chose périe, même par la faute du débiteur, ne peut pas être offert à sa place.

4. Le créancier ne peut lui-même pas plus exiger ce prix, que le débiteur n'est en droit de le lui offrir. Ce dernier ayant en effet le choix, a pu laisser ou faire périr l'une des choses promises, et se soumettre ainsi, purement et simplement, à délivrer celle qui reste, comme il aurait pu le faire en déterminant son option. Il ne doit donc payer en nature que la chose qui subsiste, et nullement le prix de celle qui a péri par sa faute.

5. L'article 1193 ajoute que, si les deux choses sont péries,

(1) DUMOULIN, *Div. et indiv.*, p. 2, n° 149.—POTHIER, *Oblig.*, n° 250.
(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 251. — DURANTON, t. 11, n° 143.

et que le débiteur soit en faute à l'égard de l'une d'elles, il doit payer le prix de celle qui a péri la dernière. Il faut examiner cette disposition dans une double hypothèse.

La perte de la chose qui a péri la première a-t-elle eu lieu sans la faute du débiteur, l'obligation est devenue pure et simple, et l'objet du contrat a été nécessairement déterminé à la chose qui subsiste. Cette chose, due désormais purement et simplement, vient-elle à périr par sa faute, il en doit le prix, sans pouvoir opter entre ce prix et le prix de celle qui a péri la première. Car celle-ci est censée n'avoir jamais été comprise dans l'obligation. Il importe donc peu que celle qui a péri la dernière ait plus ou moins de valeur que l'autre ; le créancier ne peut en exiger que le prix.

La perte de la chose qui a péri la première a-t-elle eu lieu par la faute du débiteur, et celle de l'autre a-t-elle eu lieu sans sa faute et par cas fortuit, il semblerait qu'alors il fût en droit d'offrir le prix de celle qui a péri la première par sa faute. On peut dire en effet que, s'il n'eût commis aucune faute, la chose qui a péri la première aurait été seule due, après la perte de l'autre arrivée par cas fortuit ; que le dommage par lui causé consistant dès lors dans la valeur de la chose qui a péri par sa faute, c'est cette valeur seulement qu'il doit payer (1). Cette opinion peut être fondée sur l'équité, mais elle est formellement repoussée par les termes de l'article 1193. Elle le modifie, en effet, en ce sens que le débiteur devrait, dans tous les cas, lorsque l'une des choses a péri par sa faute, non plus le prix de celle qui a péri la dernière, ainsi que le veut expressément notre article, mais seulement le prix de celle qui a péri par sa faute, sans distinguer si elle a péri la première ou la dernière.

On pourrait même aller plus loin, et prétendre que le débiteur est libéré par la perte de la dernière, arrivée par cas fortuit, parce qu'il était maître d'opter pour cette chose, et qu'il est censé avoir opté pour elle, en faisant périr d'abord

(1) Voy. DURANTON, t. 11, n° 141.

l'autre. Mais ce serait une inique subtilité du droit, que l'équité repousse (1); chaque chose due alternativement répondant, à défaut de l'autre, du payement de l'obligation.

Voici d'ailleurs ce que l'on peut dire pour justifier les dispositions de l'article 1193 : Lorsque l'une des choses vient à périr par la faute du débiteur, ou après sa mise en demeure, il est certain qu'il perd aussitôt sa faculté d'option, et qu'il ne peut offrir la valeur de la chose périe, soit qu'elle vaille plus ou moins que celle qui subsiste. Et voyez jusqu'où l'on était allé!... Quelques anciens auteurs, notamment Barthole, avaient pensé que le débiteur, à raison de sa faute ou de sa mise en demeure, avait perdu sa faculté d'option, et qu'elle avait passé au créancier, qui pouvait dès lors demander, à son choix, la chose qui restait ou la valeur de celle qui avait péri, en cas qu'elle valût mieux. Cette sévérité heurtait évidemment tous les principes; car il suffit que le débiteur répare sa faute, de manière à procurer au créancier une indemnité suffisante, et non un bénéfice qu'il ne lui doit pas. Le débiteur reste donc déterminément obligé à délivrer la chose qui subsiste, et, si elle vient à périr, c'est sa valeur qu'il doit payer, parce qu'il ne doit pas recouvrer, à la faveur d'un évènement survenu depuis, une faculté d'option qu'il a déjà perdue par sa faute (2).

6. Outre le prix que doit payer le débiteur, il peut être encore tenu de dommages et intérêts, suivant les circonstances; car il doit ce prix à titre de réparation; et la réparation du préjudice causé doit être parfaite.

7. Si les choses ont péri en même temps, dans un évènement commun, par la faute ou après la mise en demeure du débiteur, sans qu'on puisse déterminer laquelle des deux a péri la dernière, le débiteur n'en conserve pas moins la faculté de payer, à son choix, le prix de l'une ou de l'autre. Le créancier n'a droit à aucune autre indemnité.

(1) L. 95, § 1, *ff. De solut.* — POTHIER, *Oblig.*, n° 252.
(2) DUMOULIN, *Div. et indiv.*, P. 2, n°s 153 et 154.

8. Nous avons supposé jusque-là que le choix appartenait au débiteur. Lorsque, dans les cas prévus par l'article 1193, le choix a été déféré par la convention au créancier, ou l'une des deux choses seulement est périe; et alors, si c'est sans la faute du débiteur, le créancier doit avoir celle qui reste; si le débiteur est en faute, le créancier peut demander la chose qui reste ou le prix de celle qui est périe (1194). Toutes ces dispositions sont marquées au coin de la plus parfaite justice. Il est évident, en effet, que la perte de l'une des choses, sans la faute ou avant la mise en demeure du débiteur, fait que l'obligation est purement et simplement déterminée à la chose qui subsiste. Si, au contraire, elle a péri par la faute du débiteur, le créancier doit avoir l'option que l'article 1194 maintient en sa faveur, puisque, autrement, la faute du débiteur lui causerait préjudice, dans le cas où la chose périe serait plus précieuse que l'autre (1).

9. L'article 1194 poursuit : ou les deux choses sont péries; et alors, si le débiteur est en faute à l'égard des deux, ou même à l'égard de l'une d'elles seulement, le créancier peut demander le prix de l'une ou de l'autre, à son choix.

Cette option, maintenue en faveur du créancier, même dans le cas où le débiteur n'est en faute qu'à l'égard de l'une des choses seulement, est vivement critiquée par M. Duranton (2). Le fait est que, sans qu'il soit besoin de distinguer si la chose qui a péri par cas fortuit, a péri la première ou la dernière, le créancier n'a été privé de sa faculté d'option que par un fait dont le débiteur n'est point responsable. Il ne devrait donc, en droit comme en équité, n'exiger que le prix de la chose qui a péri par la faute du débiteur. Car l'indemnité à laquelle il peut prétendre, ne saurait dépasser les causes et l'étendue du dommage. La disposition de l'article 1194, dans le point spécial qui nous occupe, ne peut donc s'expliquer et se jus-

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 253.
(2) T. 11, n° 148.

tifier que par la nécessité d'une sorte de sanction pénale, contre le débiteur qui contrevient à ses engagements.

10. Les articles 1193 et 1194 ne s'appliquent point seulement au cas où les choses promises, soit l'une d'elles sont péries; ils s'appliquent également à tous les autres cas où les choses promises, soit l'une d'elles seulement ne peuvent être livrées. Il faut donc assimiler au cas de perte celui d'expropriation pour utilité publique, de retrait du commerce, de prescription au profit d'un tiers. Les raisons sont les mêmes; car les dispositions des articles 1193 et 1194 sont fondées, bien moins sur la nature spéciale des causes qui empêchent la délivrance, que sur les effets qu'elles produisent; ainsi, dans l'article 1193, il faut lire, si l'une des choses promises périt ou ne peut plus être livrée (1).

11. Les mêmes articles supposent que la perte est totale. Si les choses promises, ou l'une d'elles seulement étaient dégradées, détériorées, péries en partie, ils ne devraient point recevoir d'application dans ce cas. C'est qu'alors les choses subsistent, et qu'elles continuent de faire le sujet de l'obligation alternative. Le débiteur à qui le choix appartient pourra donc se libérer, en délivrant, dans l'état où elle se trouve, même celle des choses qui est dégradée, détériorée, périe en partie, par cas fortuit et avant sa mise en demeure. Les risques en sont ainsi à la charge du créancier.

Si la perte partielle est arrivée par sa faute ou depuis sa mise en demeure, il n'aura pas pour cela perdu sa faculté d'option. Mais, s'il entend délivrer la chose dégradée, détériorée, périe en partie, le créancier pourra, non pas exiger que l'autre chose, qui est intacte, lui soit délivrée, mais poursuivre contre le débiteur une action en dommages et intérêts, ou la résolution de la convention pour inexécution de ses engagements, conformément à l'article 1184, et sans préjudice des dommages et intérêts, suivant les circonstances.

Si le choix appartient au créancier, et que les choses ou

(1) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 282.

l'une d'elles ait péri en partie, sans la faute du débiteur, il devra tout de même exercer son option, sans indemnité.

Que si le débiteur est en faute, le créancier, s'il fait porter son choix sur une chose dégradée, périe en partie, pourra demander contre lui, soit des dommages et intérêts, soit la résolution du contrat pour inexécution, avec dommages et intérêts, s'il y a lieu. Mais, s'il opte pour la chose qui n'a subi aucune perte partielle, eût-elle même moins de valeur que l'autre, appréciée dans son intégrité, il n'aura droit à aucune indemnité, parce que le débiteur est valablement libéré par la délivrance de cette chose. En vain prétendrait-il qu'il a été gêné dans l'exercice de son option; il n'avait qu'à la diriger sur la chose périe en partie, pour avoir le dédommagement qui lui était légitimement dû.

12. Si la perte totale ou partielle de l'une des choses promises est imputable au créancier, le débiteur à qui le choix appartient est valablement libéré, s'il déclare choisir cette chose périe en totalité ou en partie. Car le créancier n'a pu, par son fait, le priver de sa faculté d'option.

Mais si le débiteur choisit l'autre chose et la délivre en nature, ou s'il paye le prix de celle qui a péri la dernière par sa faute personnelle, dans ce cas, il n'aura plus qu'à exercer contre le créancier une action en réparation du dommage causé.

Lorsque le choix appartient au créancier, si les choses dues ont péri en totalité ou en partie par un fait qui lui soit imputable, le débiteur est sans doute également libéré, soit par l'impossibilité de les délivrer, soit par la délivrance de l'une d'elles, dans l'état où elle se trouve.

Si l'une d'elles seulement a péri en totalité ou en partie par le fait du créancier, sans que ce fait implique une option de sa part, il pourra, néanmoins, faire porter encore son option sur l'autre chose. Mais, dans ce cas, le débiteur aura contre lui une action en dommages et intérêts.

On voit qu'en résumé, le créancier supporte toujours les

conséquences de sa faute, soit sous forme de libération du débiteur, soit sous forme de dommages et intérêts.

Article 1195.

Si les deux choses sont péries sans la faute du débiteur, et avant qu'il soit en demeure, l'obligation est éteinte, conformément à l'article 1302.

Sommaire.

1. Comment l'obligation alternative est éteinte par la perte des choses dues.
2. *Quid*, si les choses périssent en même temps?
3. *Quid*, si le débiteur a quelques droits ou actions en indemnité?

COMMENTAIRE.

1. Comme dans une obligation alternative la propriété n'est point transférée au créancier, tant que l'une des choses n'a pas été déterminément affectée au payement, les risques se partagent en quelque sorte entre le créancier et le débiteur. En effet, soit que le choix appartienne au débiteur ou au créancier, aussitôt que l'une des choses est périe sans la faute du débiteur, l'obligation devient pure et simple, et le débiteur ne peut plus offrir, de même que le créancier ne peut plus exiger que celle qui subsiste. Quant à la chose qui a péri la première, on voit que les risques demeurent, ainsi que la propriété, sur la tête du débiteur.

Mais, si l'autre chose à laquelle l'obligation a été déterminée vient elle-même à périr plus tard, sans la faute du débiteur, comme alors l'obligation était devenue pure et simple, les risques et la propriété ont passé sur la tête du créancier. La chose périt donc pour son compte, comme dans le cas où il s'agit d'une obligation pure et simple dès le principe.

Quand nous disons que les risques et la propriété passent au créancier, en ce qui concerne la chose qui a péri la dernière, nous supposons que cette chose est elle-même un corps

certain et déterminé, que l'obligation est pure et simple et non conditionnelle; qu'il n'y a enfin, d'ailleurs, aucun autre motif pour laisser les risques à la charge du débiteur.

2. Lorsque les deux choses ont péri, sans la faute du débiteur, en même temps, dans un évènement commun, sans qu'il soit possible d'établir laquelle des deux a péri la dernière, elles n'ont pas moins péri, l'une pour le débiteur, l'autre pour le créancier. Ce n'est pas que l'on puisse, dans ce cas, supposer, par l'effet d'une fiction vaine, qu'il y a eu un intervalle moralement appréciable entre la perte de chaque chose, pour ramener ainsi l'obligation alternative aux termes d'une obligation pure et simple. Il suffit que les deux choses soient comprises dans une obligation alternative, que l'on sache en quoi consiste cette obligation, sans savoir précisément encore laquelle des deux choses sera livrée, pour que les risques soient partagés entre le débiteur et le créancier. De toute nécessité, il fallait en venir à déterminer l'une des choses promises, pour effectuer le payement. Or, qu'importe que cette détermination ait été empêchée par la perte simultanée des choses dues, arrrivée sans la faute du débiteur? Si elle avait eu lieu, l'une des choses aurait toujours péri pour le compte du créancier. Il lui est donc indifférent qu'elle n'ait pas été faite, puisqu'elle l'aurait été sans avantage, comme sans préjudice pour lui.

Aussi, l'article 1195 dit-il sans distinction, que si les deux choses sont péries sans la faute du débiteur et avant qu'il soit en demeure, l'obligation est éteinte, conformément à l'article 1302. Cependant, lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également périe chez le créancier, si elle lui eût été livrée (1302).

3. Il peut arriver que la perte des choses dues ou de l'une d'elles, soit imputable au fait ou à la faute d'un tiers, qui est en conséquence soumis à une action en indemnité. Une seule chose est-elle périe, l'obligation devient pure et simple, et le

débiteur, s'il a le choix, est libéré en délivrant la chose qui reste, sans qu'il puisse contraindre le créancier à prendre cession, contre le tiers, de ses droits et actions concernant la chose périe. C'est lui qui les garde et aura plus tard à les exercer ainsi qu'il l'entendra.

Si le choix appartient, au contraire, au créancier, celui-ci peut demander au débiteur la chose qui reste, ou se faire céder ses actions contre le tiers, afin de réclamer contre lui le prix de la chose qui est périe, avec ou sans dommages et intérêts, suivant les circonstances.

Les choses comprises dans l'obligation alternative sont-elles toutes péries, mises hors du commerce ou perdues sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou action en indemnité par rapport à ces choses, de les céder à son créancier (1303). Mais voici comment : nous remarquons d'abord que les articles 1193 et 1194 règlent seulement les rapports du débiteur et du créancier entre eux, qu'ils sont par conséquent inapplicables à l'égard des tiers contre lesquels il existe une action en réparation ou en indemnité. Il ne s'agit, en effet, par rapport à eux, que d'une question de dommage, qui doit être décidée suivant les règles ordinaires du droit. Cette observation faite, nous disons : ces droits et actions n'existent-ils que par rapport à l'une des choses dues, le débiteur doit les céder, pour employer les termes de la loi, soit que le choix lui appartienne ou qu'il appartienne au créancier. Ces droits et actions existent-ils par rapport aux deux choses, soit que le débiteur ait le choix ou non, il doit les céder au créancier, et au choix de celui-ci, mais par rapport à l'une des choses seulement ; car elles étaient dues non pas ensemble, mais d'une manière alternative.

En effet, l'action en indemnité existe-t-elle pour une seule chose, elle est censée représenter, à l'égard du créancier, les choses mêmes qui ont fait le sujet de l'obligation. C'est donc à lui qu'elle doit revenir, le débiteur ne pouvant, d'une part, se prétendre libéré par la perte des choses dues, et, de l'autre, garder ce qui en reste, sous forme de recours ou d'action con-

tre un tiers. Autrement, le créancier perdrait, au profit du débiteur, toutes les garanties qui résultent pour lui de la pluralité des choses comprises dans l'obligation. Sans doute, l'obligation est devenue pure et simple par la perte de la chose qui a péri la première ; mais, soit que la perte de l'autre chose ait produit ou non le recours en indemnité, la conversion de l'obligation ne peut, en aucun cas, tourner au préjudice du créancier.

Dans le cas même où le choix appartient au débiteur, il ne peut retenir l'action en indemnité, en payant le prix de la chose qui est périe la dernière. Car, vis-à-vis du créancier, il est libéré par la perte des deux choses arrivée sans sa faute, et le fait du tiers contre lequel il y a une action en recours, a nui au seul créancier, en ce sens que, sans ce fait, il y aurait une chose à laquelle l'obligation devrait être déterminée. Or, c'est précisément ce dommage dont le tiers est tenu de lui donner réparation.

Si toutes les choses sont péries, et que pour toutes il existe contre des tiers une action en indemnité, le choix ne continue plus en faveur du débiteur pour la cession des actions, comme pour la délivrance des choses mêmes, si elles existaient. Leur perte rend en effet impossible l'option telle qu'elle a été convenue. Il ne saurait d'ailleurs être question, vis-à-vis des tiers qui sont tenus de l'action, d'un choix quelconque, si ce n'est de la part du créancier à qui les deux choses étaient également dues, l'une à défaut de l'autre, et qui peut dire à chacun des tiers que, sans son fait ou sa faute, la chose dont il a causé la perte ou empêché la délivrance, existerait encore et pourrait lui être payée; qu'en conséquence, il lui a causé un dommage qu'il doit réparer, en lui payant le prix de cette chose, avec ou sans dommages et intérêts, suivant les circonstances que le juge appréciera. S'il en était autrement, si le débiteur pouvait choisir celle des actions en indemnité qu'il entend céder, et contraindre ainsi le créancier à en prendre cession, il dépendrait de lui, en cédant une action stérile et inefficace, de priver le créancier des garanties que lui assurent tout à la

fois, et le concours des choses dues alternativement, et le quasi-délit que les tiers ont commis individuellement à son préjudice. Du reste, à vrai dire, le créancier agit plutôt contre eux directement, de son chef personnel, et sans le secours d'aucune cession d'actions de la part du débiteur.

Quant à ce dernier, comme un dommage lui a été également causé, il est admis lui-même à agir contre chacun des tiers qui sont tenus de l'indemniser, indépendamment de l'indemnité à laquelle a pu être condamné celui contre lequel le créancier a dirigé son action. Observons seulement que la réparation qui peut être accordée au débiteur, contre chacun d'eux, ne doit jamais l'être en double emploi avec celle qui aurait été ou devrait être allouée au créancier.

Article 1196.

Les mêmes principes s'appliquent au cas où il y a plus de deux choses comprises dans l'obligation alternative.

Sommaire.

1. Application des principes posés au cas où l'obligation alternative comprend plus de deux choses.
2. Des obligations facultatives.
3. En quoi elles diffèrent des obligations alternatives.

COMMENTAIRE.

1. Les articles qui précèdent ont posé et expliqué le cas le plus simple, celui où l'obligation alternative comprend deux choses seulement. Mais elle peut être composée avec plus de variété et embrasser trois, quatre, cinq, etc... choses différentes. Les mêmes principes, dit l'article 1196, s'appliquent au cas où il y a plus de deux choses comprises dans l'obligation alternative.

Ainsi, le choix appartient au débiteur, s'il n'a été accordé expressément au créancier.

Le débiteur se libère en délivrant l'une des choses promi-

ses, sans qu'il puisse offrir ni le créancier exiger partie de l'une, partie de l'autre, partie de celle-ci, partie de celle-là.

L'obligation est pure et simple, s'il n'y a qu'une seule chose qui puisse faire valablement le sujet de l'obligation.

Elle devient pure et simple, s'il ne reste, même par la faute du débiteur, qu'une chose qui puisse être livrée.

Si quelques-unes périssent, elle demeure alternative pour celles qui restent.

Si toutes périssent, et que le débiteur soit en faute à l'égard de l'une d'elles seulement, il doit le prix de celle qui a péri la dernière.

Le choix appartenant au créancier, si quelques-unes périssent sans la faute du débiteur, l'obligation demeure alternative pour celles qui restent, ou devient pure et simple, s'il n'en reste qu'une; si elles ont péri ou l'une d'elles seulement, par la faute du débiteur, le créancier peut choisir entre celles qui restent ou les prix de celles qui ont péri.

Si toutes sont péries par la faute du débiteur, ou même si le débiteur est en faute à l'égard de l'une d'elles seulement, le créancier choisit le prix de celle qu'il lui plaît, parmi celles qui ont péri par sa faute.

Si toutes périssent sans la faute du débiteur et avant sa mise en demeure, on applique l'article 1302.

2. Nous devons expliquer ici ce qu'on entend par obligations facultatives, et montrer en quoi ces obligations diffèrent des obligations alternatives.

Une obligation est facultative, lorsque le débiteur a la faculté, soit par la loi, soit par la convention ou la disposition, de se libérer en payant une autre chose, a la place de celle qui fait par elle-même l'objet de l'obligation.

Je m'oblige à vous payer huit cents francs pour prix de ferme; mais je me réserve la faculté de payer, au lieu de huit cents francs, en argent, quarante hectolitres de blé.

Un testateur lègue un immeuble; mais il ajoute, si mieux n'aime l'héritier donner dix mille francs, à moins qu'il ne

donne mille francs, ou toute autre formule qui laisse à l'héritier une faculté.

Voilà des obligations facultatives. Une seule chose y est due; huit cents francs, prix de ferme, ou l'immeuble légué. Quant au blé, quant aux dix mille francs, ils ne constituent pas l'objet même de l'obligation. Ils ne sont pas *in obligatione*, mais seulement *in facultate solutionis*.

Les actes, on le comprend, seront souvent obscurs et ambigus. Les juges auront alors à se décider, suivant les règles de l'interprétation. Ils devront considérer l'intention véritable des parties, plutôt que de s'attacher au sens littéral des termes. Une obligation, facultative dans l'expression, pourra donc être reconnue ne constituer, au fond, qu'une obligation alternative.

Le signe essentiel et distinctif, le voici : c'est que, dans une obligation alternative, toutes les choses sont comprises dans l'obligation, par elles-mêmes et également d'une manière principale, *per se et æque principaliter*, soit que le choix appartienne au créancier ou au débiteur; tandis que, dans l'obligation facultative, une seule chose est due comme objet principal de l'obligation, et que le débiteur a seulement la faculté d'en payer une autre à sa place, sans que cette chose soit elle-même le sujet de l'obligation.

Ce n'est pas qu'une obligation alternative ne puisse être facultative elle-même. Car, après avoir compris alternativement plusieurs choses, on peut se réserver la faculté d'en payer une ou plusieurs autres à la place. Tout dépend de la volonté des parties.

3. Déduisons maintenant les conséquences du principe. Ce sont elles surtout qui montreront les différences qui distinguent ces deux sortes d'obligations.

Le créancier, dans l'obligation facultative, ne peut demander que la chose qui en fait l'objet principal, sauf au débiteur la faculté de se libérer, en payant l'autre chose convenue.

La nature de l'obligation facultative se règle sur celle de la

chose qui en forme l'objet principal. Elle est mobilière ou immobilière, divisible ou indivisible (1), selon le caractère mobilier ou immobilier, divisible ou indivisible de la chose qui en fait le sujet principal, indépendamment de la chose facultativement payée. Ainsi, une somme d'argent est payée à la place d'un immeuble; elle ne tombera pas dans la communauté. Un immeuble est payé à la place d'une chose mobilière, il ne sera pas propre à l'époux créancier (2).

Si la chose due principalement n'a pu être valablement l'objet d'une obligation, l'obligation facultative est nulle pour le tout; et l'autre n'est pas due (3).

Si la chose due facultativement ne pouvait elle-même être l'objet d'une obligation, ou ne pouvait, pour une cause quelconque, être livrée, l'obligation serait pure et simple.

La perte de la chose due principalement emportant l'extinction de l'obligation principale, éteint en même temps l'obligation facultative.

La délivrance de la chose due facultativement n'a aucun effet rétroactif. Ainsi, je vous promets dix mille francs, payables en argent ou en fonds à abandonner à dire d'experts, jusqu'à concurrence. Il n'y a que les dix mille francs qui soient dus principalement; l'abandon des fonds est facultatif de ma part. Si donc j'abandonne un immeuble, cette dation facultative en payement n'aura aucun effet rétroactif. Le créancier ne peut s'en dire saisi, dès le contrat, de telle sorte que les créanciers qui ont stipulé postérieurement des hypothèques, des servitudes ou autres droits réels, les conserveront dans toute leur intégrité. L'option faite par moi ne saurait leur préjudicier; car je ne vous devais que dix mille francs, c'est-à-dire une somme d'argent, et la voie de dation en payement que j'ai pré-

(1) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 280.

(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 244, et *Communauté*, n°s 74 et 75.—DURANTON. T. 11, n° 157. — TOULLIER, T. 6, n° 700. — MERLIN, Quest., v° *Rescision*, § 4.

(3) DURANTON, T. 11, n° 151. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 280.

férée ne peut avoir lieu que sans préjudice des droits acquis aux tiers, au moment même où elle est effectuée (1).

Le Code Napoléon nous offre plusieurs exemples d'obligations facultatives. Ainsi, le défendeur à la demande en rescision d'un partage peut en arrêter le cours et empêcher un nouveau partage, en offrant et en fournissant au demandeur le supplément de sa portion héréditaire, soit en numéraire, soit en nature (891).

Le tiers détenteur peut arrêter les poursuites hypothécaires, en payant tous les intérêts et capitaux exigibles, à quelque somme qu'ils puissent monter (2168, 2169).

Dans le cas où l'action en rescision est admise, l'acquéreur a le choix, ou de rendre la chose en retirant le prix qu'il en a payé, ou de garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total. Le tiers possesseur a le même droit, sauf sa garantie contre son vendeur (1681).

Quelques explications sur ce dernier cas : L'action en rescision pour lésion ne saurait subsister après la perte de la chose; par exemple, lorsqu'une rivière a totalement emporté la chose vendue. En effet, bien que l'acquéreur ait le choix d'offrir la restitution de la chose ou le payement d'un supplément de prix, cette faculté d'option ne constitue pas une obligation alternative. L'obligation de l'acquéreur est unique, et consiste dans la restitution de la chose. S'il peut se libérer en payant un supplément de prix, ce n'est pour lui qu'une simple faculté. Or, l'obligation principale et unique étant éteinte par la perte totale de la chose, l'obligation accessoire facultative ne peut lui survivre. Il est bon, au surplus, de remarquer que le vendeur gagne, en définitive, au maintien du contrat, puisque, autrement, la chose eût péri pour lui (2).

(1) MERLIN, Quest., v° *Donation*, § 11. — Cass., 8 nov. 1815, rapporté par Merlin, *ibid.* — MERLIN, Quest., v° *Enregistrement*, § 23. — FAVARD, Rép., v° *Oblig.*, sect. 3, § 2.

(2) POTHIER, *Vente*, n° 348. — FAVRE, Code, liv. 4, tit. 30, déf. 21. — MERLIN, Quest., v° *Rescision*, § 4.

Cependant, si l'acquéreur avait revendu la chose pour un prix plus élevé, le vendeur, quoique la chose fût périe par cas fortuit, pourrait encore faire rescinder le contrat. En faisant en effet déclarer le contrat nul, il peut répéter le prix de revente, parce que la chose, par suite de l'effet rétroactif de la rescision, est censée lui avoir toujours appartenu. L'acquéreur, en revendant, est donc dans la position de celui qui vend la chose d'autrui, et doit tenir compte au véritable propriétaire du prix qu'il en a retiré, même après que la chose a péri sans aucune faute qui lui fût imputable (1).

Ajoutons que, si la chose avait péri après la demande en rescision, par accident de force majeure et tel que la chose fût également périe entre les mains du demandeur, il y aurait lieu à donner suite à l'action, au moins pour régler ce qui concerne les dépens exposés.

Il est sans doute inutile de faire remaquer que, s'il y avait contestation sur le point de savoir si la chose a péri par la faute ou sans la faute du défendeur, le demandeur en rescision pourrait encore poursuivre son action, afin d'établir d'abord que la chose a péri par le fait ou la faute de son adversaire, et le faire condamner envers lui à des dommages et intérêts, au cas où l'action serait admise.

SECTION IV.

§ 1er. *De la solidarité entre les créanciers.*

Article 1197.

L'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers, lorsque le titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le payement du total de la créance, et que le payement fait à l'un d'eux libère le débiteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers.

(1) Pothier, *Vente*, n° 349.

Sommaire.

1. Obligation unique ou multiple. Conjointe ou disjointe, ou solidaire.
2. Obligation divisible ou indivisible. Renvoi.
3. Silence de la loi sur les obligations conjointes et disjointes.
4. Effets de l'obligation disjointe.
5. Suite. Exemple tiré du droit romain.
6. Effets de l'obligation conjointe. Principe.
7. Exemples.
8 Conséquences.
9. L'obligation conjointe ne constitue pas toujours des obligations absolument distinctes et indépendantes les unes des autres. Exemples. Conséquences.
10. Elle se divise de droit en autant de parts et portions viriles, qu'il y a de créanciers ou de débiteurs.
11. Plusieurs personnes y sont souvent considérées comme n'en formant qu'une.
12. La solidarité ne se présume jamais.
13. La solidarité est active ou passive. Définition.
14. Quand l'obligation est-elle solidaire entre les créanciers?
15. Cette solidarité repose sur l'idée d'un mandat réciproque et mutuel.
16. Différence entre chaque créancier et le tiers adjoint, *solutionis gratiâ*.
17. Conditions essentielles pour constituer la solidarité entre les créanciers.
18. Il n'y a pas d'expressions sacramentelles. Exemples.
19. Suite.
20. Le bénéfice de la créance se partage entre les créanciers.
21. De l'accroissement de parts dans les obligations solidaires.

COMMENTAIRE.

1. Nous avons examiné, sous les articles précédents, les cas divers où plusieurs choses sont comprises dans l'obligation. Nous allons maintenant considérer ceux où plusieurs personnes y figurent, soit comme stipulants, soit comme promettants.

Lorsque l'obligation est imposée à un seul débiteur, en faveur d'un seul créancier, on dit que l'obligation est unique. Alors, au contraire, qu'elle est établie en faveur de plusieurs créanciers, ou qu'elle est imposée à plusieurs débiteurs, on dit qu'elle est multiple. Nous arrivons à la théorie des obligations de cette dernière espèce.

L'obligation multiple est elle-même conjointe ou disjointe. Elle est conjointe, lorsque plusieurs personnes sont réunies dans l'obligation par une particule conjonctive, par exemple, Primus et Secundus; de telle sorte que la qualité de débiteur ou de créancier leur appartient conjointement et simultanément.

L'obligation est disjointe, lorsque plusieurs personnes figurant dans l'obligation, sont séparées les unes des autres par une particule alternative ou disjonctive, par exemple, Primus ou Secundus. Dans ce cas, la qualité de débiteur ou de créancier appartient à l'un et à l'autre alternativement.

L'obligation conjointe est enfin simplement conjointe ou solidaire. Les obligations de cette dernière espèce font le sujet des dispositions que nous allons expliquer.

2. Il est une autre sorte d'obligations multiples dont nous nous occuperons plus loin; nous voulons parler des obligations divisibles et indivisibles. Quant à présent, nous nous bornerons à faire remarquer que la divisibilité ou l'indivisibilité tient uniquement à la nature de la chose qui fait l'objet de l'obligation, tandis que la solidarité tient aux rapports personnels des créanciers ou des débiteurs entre eux. Il y a donc cette différence essentielle entre la solidarité et l'indivisibilité, que celle-ci se fonde sur la nature de l'objet, indépendamment des relations de personnes, et que celle-là se fonde sur les relations de personnes, indépendamment de la nature de l'objet. En un mot, une obligation est indivisible, nonobstant le concours des personnes, tandis qu'une obligation est solidaire, précisément à raison de ce concours.

3. Le Code Napoléon n'a consacré aucun titre spécial aux obligations conjointes ou disjointes. Si l'on y trouve quelques dispositions particulièrement relatives aux premières, on n'y trouve absolument rien qui soit relatif aux secondes. Il semble que le législateur ait jugé suffisant de placer celles-ci sous l'application du principe général; que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Essayons donc de suppléer le silence du Code, en rétablissant ou en résumant les règles qui gouvernent les obligations de cette double espèce. Ce travail est d'ailleurs la préface obligée de notre commentaire des obligations solidaires. Car la solidarité, quelle qu'elle soit, n'est elle-même qu'une exception à la conjonction simple, qui est le droit commun.

4. Les obligations disjointes offrent par elles-mêmes des résultats si bizarres et si étranges, que c'est à peine si elles ont jamais trouvé place dans la pratique. Je vous vends ma propriété, à la charge par vous de payer mille francs, à Primus ou à Secundus. Vous avez la faculté de payer à celui des deux qu'il vous plaira de choisir; et aussitôt que vous aurez fait un choix, l'autre n'aura plus rien à prétendre.

L'obligation disjointe, par le sens naturel que présentent les termes mêmes dans lesquels elle est conçue, donne ainsi au débiteur le droit de payer, à son choix, entre les mains de l'un des créanciers, de telle sorte qu'il est parfaitement libéré. Cette faculté d'option est même indépendante des poursuites par lesquelles l'un des créanciers aurait prévenu l'autre partie. Le débiteur n'est point tenu, en effet, de payer à celui qui le poursuit le premier, mais à celui qu'il lui convient de choisir, parce qu'il ne s'agit pas de prévention, mais de préférence personnelle.

Mais, si le débiteur refusait de faire un choix, alors l'émolument du droit devrait se partager également entre les créanciers, du moins entre ceux qu'il n'aurait point éliminés par une exclusion formelle. Par cela même, en effet, qu'il n'use point de sa faculté d'option, il est censé y renoncer, ou plutôt reconnaître, par son silence, en faveur de tous, des droits dont il maintient l'égalité, en n'attribuant à aucun d'eux aucune sorte de préférence.

5. Les lois romaines nous offrent quelques cas d'obligations disjointes dans les dispositions testamentaires. Un testateur institue pour héritiers ou pour légataires Caïus ou Titius, défère la tutelle de ses enfants à l'un ou à l'autre. L'exécution

de dispositions semblables avait soulevé de grandes controverses parmi les jurisconsultes romains. Justinien trancha toutes ces difficultés, en décidant que la particule disjonctive devait être prise pour une particule conjonctive, qu'on devait lire dans le testament *et*, et, au lieu de ou, *aut*. (1). Et cette décision, basée sur l'interprétation de la volonté présumée du testateur, est trop bien fondée en raison et en équité pour qu'elle ne doive pas être suivie sous le Code Napoléon (2).

Cependant, si le testateur avait expressément employé la disjonctive, en instituant Caïus ou Titius légataire de la somme de..., pour laisser à son héritier la faculté de choisir entre les deux légataires institués, il serait alors impossible de les appeler concurremment à partager l'émolument du legs. En s'en rapportant à l'héritier du choix d'un légataire unique entre les personnes indiquées, le testateur n'a voulu gratifier que celui-là seul qui serait choisi. L'héritier est donc valablement libéré, en délivrant la totalité de la chose léguée à celui en faveur duquel il exerce son option, et l'autre ne peut en demander sa part, ni à l'héritier ni au légataire son consort (3).

Mais, si l'héritier refusait de faire un choix, le legs devrait être partagé entre tous. Car il n'y a d'inégalité entre eux, qu'à la condition qu'une option sera faite, qui donnera tout à l'un et rien aux autres. Or, cette condition n'existant pas, tous demeurent dans une parfaite égalité. Ils pourront se coaliser pour demander tous ensemble chacun leur part, ou même demander séparément chacun la totalité; car c'est la totalité que le testateur a léguée, seulement sous la condition d'un choix à faire.

Du reste, il faut observer que le payement est lui-même un signe d'option, de telle sorte qu'après payement fait entre les mains de l'un des légataires ou créanciers, les autres n'ont absolument rien à demander, soit au débiteur qui a payé, soit à leur consort qui a reçu.

(1) L. 4, C. *De verb. et rer. sign.*
(2) TOULLIER, T. 6, n° 704.
(3) L. 16, *ff. De leg.*, 2°. — TOULLIER, T. 6, n° 705.

On voit que l'obligation disjointe se résume, par l'effet de l'option, dans une obligation unique, de la même manière que l'obligation alternative se résume, par l'effet de l'option, dans une obligation pure et simple. Dans le premier cas, le choix porte sur la personne du créancier, dans le second cas, sur l'objet de l'obligation.

6. Passons à l'obligation conjointe, et apprécions-en les caractères et les effets. Dans les obligations de cette espèce, la qualité de créancier ou de débiteur appartient à plusieurs personnes simultanément. Elles sont réunies toutes ensemble pour stipuler ou pour promettre. Ce n'est pas toutefois que chacune d'elles soit créancière ou débitrice de la chose qui fait le sujet de l'obligation. Il est, au contraire, de principe fondamental en cette matière, que la créance ou la dette, pourvu qu'il s'agisse d'ailleurs d'une chose divisible, se divise en autant de portions égales ou viriles qu'il y a de créanciers ou de débiteurs.

Chaque partie n'est, en effet, censée stipuler ou promettre que pour soi-même; d'où la conséquence que la stipulation ou la promesse de chacune d'elles, au milieu de ce concours d'intentions et de volontés semblables, est nécessairement restreinte et limitée, par les stipulations ou les promesses des autres, qui sont en quelque sorte impénétrables, à une portion égale, c'est-à-dire à sa part virile.

7. Je promets dix mille francs à Pierre et à Paul. On peut voir d'abord quelque ambiguïté dans cette expression, et se demander si je n'ai pas promis dix mille francs à Pierre, et encore dix mille francs à Paul, c'est-à-dire autant de fois la même chose qu'il y a de créanciers. Il est plus vraisemblable, dit la loi romaine (1), qu'il n'y a qu'une créance de dix mille francs à partager entre Pierre et Paul ; de même que, dans un legs fait à Titius et à Semprouius, il ne faut voir autre chose qu'un legs de tant, à partager entre eux. Ajoutons que le

(1) L. 56, *ff. De verb. oblig.*

doute devant toujours s'interpréter en faveur du débiteur, il faudrait une expression plus positive et plus certaine pour autoriser la multiplication de son engagement par le nombre des créanciers.

Mais si j'avais promis, en ces termes : à Pierre dix mille francs, et à Paul dix mille francs, il y aurait non pas une obligation conjointe, mais deux obligations distinctes de dix mille francs chacune, l'une envers Pierre, l'autre envers Paul. Car j'ai promis une même somme deux fois, et, chaque fois, séparément en faveur de chacun d'eux. Nous repoussons donc la décision contraire de la loi romaine (1) qui porte que, si j'ai stipulé en ces termes, dix pour moi et dix pour Titius, il faut croire que j'ai stipulé la même somme de dix, et non une autre et semblable somme de dix (2).

Réciproquement, Titius et Caïus s'obligent en ces termes envers moi : Titius promet dix, et Caïus également dix. Je suis deux fois créancier de dix, une fois envers chacun d'eux. Ils ne sont pas codébiteurs conjoints, mais débiteurs séparés chacun d'une somme égale.

Mais s'ils avaient promis conjointement et simultanément la somme de dix, ils ne me devraient tous ensemble que la somme de dix une fois payée.

8. De la nature même de l'obligation simplement conjointe, il résulte que chaque cocréancier ne peut exiger que sa part virile de la créance;

Que chaque codébiteur n'est tenu que de payer sa part virile de la dette;

Que le débiteur ne peut payer valablement à chaque créancier que sa portion de la créance;

En un mot, qu'il y a autant de créances, ou de dettes, distinctes les unes des autres, qu'il y a de créanciers ou de débiteurs simplement conjoints.

(1) L. 38, § 19, *ff. De verb. oblig.*
(2) Voy. cep. L. 79, *ff. De leg.*, 1°.

Si le débiteur devient insolvable, après avoir payé un seul ou plusieurs des créanciers, l'insolvabilité est supportée par les créanciers non payés, sans que les autres aient rien à leur communiquer de ce qu'ils ont reçu.

Si l'un des codébiteurs conjoints est insolvable, cette insolvabilité est à la charge du créancier ou des créanciers, et non des autres codébiteurs (1).

Si l'engagement de l'un des codébiteurs est nul ou rescindable pour un vice quelconque, par exemple, pour incapacité, la perte de cette portion est supportée par le créancier, et non par les autres codébiteurs (2).

D'autre part, la nullité de l'engagement du chef personnel de l'un d'eux seulement, ne peut être opposée par les autres ni leur profiter (3).

Si la prescription est interrompue à l'égard de l'un des codébiteurs, elle ne l'est pas à l'égard des autres (4).

Si la prescription est suspendue ou interrompue en faveur de l'un des créanciers, elle ne l'est pas pour cela en faveur des autres.

La demande d'intérêts formée par l'un des créanciers contre l'un des débiteurs, ne les fait point courir en faveur des autres créanciers, ni contre les autres débiteurs.

Et de ce principe même, il résulte de précieuses conséquences.

La mise en demeure opérée par l'un des créanciers à l'égard de l'un des débiteurs, ne profite point aux autres créanciers, et ne nuit point aux autres débiteurs.

Telles sont les conséquences de la distinction de la séparation des dettes et créances qui résultent d'une obligation simplement conjointe. Nous verrons bientôt que les obligations solidaires produisent des effets tout différents.

(1) TOULLIER, T. 6, n° 714. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 262.

(2) TOULLIER, T. 6, n° 714.

(3) Cass., 28 juill. 1852 SIREY, 52, 1, 491.

(4) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 262.

9. Ce n'est pas cependant que l'obligation conjointe constitue autant de dettes et de créances absolument distinctes et séparées qu'il y a de débiteurs et de créanciers, comme si chacun d'eux avait promis et stipulé par un acte particulier. L'unité de titre et la communauté d'origine établissent entre elles, sous certains rapports, les liens d'une corrélation et d'une dépendance réciproques. Elles se rattachent ainsi dans leur exécution, comme elles sont unies dans leur origine, les unes aux autres, en ce sens que, si elles continuent de former autant d'obligations distinctes, néanmoins elles forment un acte unique, dont l'exécution ne saurait être morcelée et divisée, dans l'intention même des contractants.

Ainsi, lorsque plusieurs ont vendu conjointement et par un seul contrat un héritage commun entre eux, chacun ne peut exercer l'action en réméré que pour la part qu'il y avait (1668). Voilà bien les effets de la décomposition de l'obligation conjointe, en autant d'obligations particulières qu'il y a de stipulants et de promettants. Mais l'acquéreur peut exiger que tous les covendeurs soient mis en cause, afin de se concilier entre eux pour la reprise de l'héritage entier; et s'ils ne se concilient pas, il sera renvoyé de la demande (1670). C'est que l'acquéreur, en achetant une chose entière par un seul et même acte, même de plusieurs vendeurs conjointement, a eu l'intention d'avoir toute la chose, comme elle lui était vendue, et non d'en acquérir telle ou telle portion. Et ce principe, fondé sur ce que les contractants ont entendu que l'acte fût exécuté d'une manière indivisible, doit recevoir son application dans le cas de résolution pour inexécution des engagements. Réciproquement, le vendeur peut retirer toute la chose des mains des acquéreurs conjoints, alors même qu'un seul d'entre eux a contrevenu à ses obligations. C'est qu'il a voulu vendre tout, ou ne rien vendre.

Mais si la vente d'un héritage appartenant à plusieurs n'a pas été faite conjointement et de tout l'héritage ensemble, et que chacun n'ait vendu que la part qu'il y avait, ils peuvent exercer séparément l'action en réméré sur la portion qui leur

appartenait, et l'acquéreur ne peut forcer celui qui l'exercera de cette manière à retirer le tout (1671). Il y a, dans ce cas, autant de contrats particuliers que de vendeurs, et chacun d'entre eux est, quant à son exécution, indépendant des autres.

De même, si la vente d'un héritage appartenant à un seul a été faite à plusieurs, non pas conjointement de tout l'héritage ensemble, et que chacun n'ait acquis qu'une portion déterminée, le vendeur ne peut retirer le tout, dans le cas où l'un des acquéreurs ne satisferait pas à ses engagements; il ne peut exercer la résolution que pour la portion acquise par le contrevenant.

Nous avons expliqué ces divers points sous l'article 1184 (1). Nous n'y revenons ici que pour signaler les véritables caractères de l'obligation conjointe.

10. Elle se divise, naturellement et de droit, en autant de parts égales ou viriles qu'il y a de débiteurs ou de créanciers. Et cette division s'opère également entre tous, indépendamment de celle que les créanciers ou les débiteurs, dans leurs rapports respectifs, auraient faite ou auraient à faire entre eux en des portions inégales, suivant l'intérêt qu'en leur qualité de débiteurs ou de créanciers conjoints, ils prennent individuellement dans leur association. Cette division n'empêche pas que l'obligation conjointe ne se divise en portions égales ou viriles, dans les rapports des débiteurs avec les créanciers. Aussi, l'article 1863 dispose-t-il que les associés, en matière de société civile, sont tenus, envers le créancier avec lequel ils ont contracté, chacun pour une somme et part égales, encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre, si l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied de cette dernière part.

En effet, s'il est de principe que l'obligation conjointe se divise en portions égales, rien ne s'oppose à ce que les débiteurs divisent entre eux la dette, et les créanciers entre eux la créance, en des portions inégales, pourvu qu'ils le fassent

(1) N° 81.

par l'acte même qui constitue l'obligation. Cette division en portions inégales fait alors elle-même, pour toutes parties, la loi du contrat, tandis que, si elle avait eu lieu seulement entre les débiteurs ou entre les créanciers, elle ne serait obligatoire que dans leurs rapports entre eux, sans l'être à l'égard des autres parties.

Du reste, cette division en portions inégales, bien qu'elle modifie les règles du droit commun, ne change point pour cela le caractère essentiel de l'obligation conjointe.

Il importe peu qu'elle soit expresse ou implicite. Ainsi, les contractants promettent ou stipulent comme héritiers ; il est évident qu'en promettant ou en stipulant comme héritiers, ils divisent entre eux la dette ou la créance dans les mêmes proportions que l'hérédité se partage elle-même entre eux.

11. Quand nous disons que, dans l'obligation conjointe, la créance et la dette se divisent en autant de parts viriles qu'il y a de créanciers et de débiteurs, nous ne comptons que pour un ceux dont la réunion doit être considérée comme constituant une seule personne, par la manière dont ils figurent dans l'acte. Ainsi, les mineurs stipulant ou promettant par la personne de leur tuteur ou curateur, les mandants par la personne de leur mandataire, ne doivent être considérés que comme une seule personne, à moins que les termes de l'acte n'indiquent que chacun d'eux doit être extrait de la collection qui les embrasse tous, pour être individuellement compté.

Le mari et la femme, stipulant ou promettant conjointement avec d'autres, doivent aussi n'être comptés que pour une seule personne, parce que la présomption est qu'ils sont communs en biens, et qu'ils stipulent dans l'intérêt de la communauté, comme époux. Mais s'ils étaient mariés sous tout autre régime, qui leur attribuât des intérêts personnels et distincts, et que, dans l'acte, ils eussent fait connaître leur situation, ils devraient alors être considérés comme constituant deux personnes plutôt qu'une. Ce sont là autant de questions d'interprétation

où les principes généraux sont incessamment modifiés par les termes et les circonstances de l'acte (1).

Nous remarquerons que ce mode d'opérer le dénombrement des personnes, dans les obligations conjointes, n'a pas seulement pour but de fixer les portions des créanciers ou des codébiteurs, dans leurs rapports avec les parties adverses, mais encore de fixer ces mêmes portions dans leurs rapports particuliers entre eux.

12. Lorsque plusieurs promettent ou stipulent ensemble, la présomption légale est qu'ils ne s'imposent ou ne stipulent qu'une obligation simplement conjointe. Chacun d'eux n'est en effet censé promettre ou stipuler, que pour la part d'obligation ou d'intérêt qui le concerne, c'est-à-dire pour soi individuellement. Pour qu'il soit réputé créancier ou débiteur, pour les autres et pour la part des autres, il faut que l'acte contienne une clause expresse, ou la loi une disposition formelle à cet égard. Aussi, est-il de principe que la solidarité ne se présume jamais.

13. Nous voici arrivé aux obligations solidaires. Il y a deux espèces de solidarité : la solidarité entre créanciers, solidarité dans la créance, solidarité active, et la solidarité entre débiteurs, solidarité dans la dette, solidarité passive. Celle-là fait le sujet de la présente section ; quant à l'autre, nous en développerons la théorie sous la section suivante.

Dans son principe, la solidarité, quelle qu'elle soit, est une fiction légale en vertu de laquelle un seul créancier est admis à exercer le droit de plusieurs, comme s'il était seul, ou un seul débiteur obligé à acquitter l'obligation de plusieurs, comme s'il était seul.

Considérée comme qualité particulière de l'obligation, la solidarité est cette propriété résultant de la fiction de la loi, qui fait que la créance est censée appartenir à un seul, ou la dette être imposée à un seul. M. Toullier (2) nous semble donc

(1) Voy. TOULLIER, T. 6, nos 715 et suiv.
(2) T. 6, no 709.

donner de la solidarité une définition inexacte, quand il dit que la solidarité entre les créanciers d'une même chose est le droit qu'à chacun d'eux de se faire payer la totalité, et que la solidarité entre les débiteurs est l'obligation imposée à chacun d'eux de payer seul pour tous la chose qu'ils doivent en commun. La solidarité n'est, en effet, ni ce droit ni cette obligation; elle en est seulement le principe et la cause. Ils en sont les effets, mais ils ne sont pas la solidarité elle-même.

Il est plus facile de définir l'obligation solidaire par ses effets, que la solidarité même dans son essence. On sait qu'elle vient du mot *solidum* employé par les lois romaines (1), qui signifie tout, total, entier, parce que, effectivement, le créancier solidaire est réputé créancier du tout, comme le débiteur solidaire est réputé débiteur du tout, quoi qu'il y ait concours de créanciers et de débiteurs. Aussi, notre ancien droit dont les expressions se rapprochaient davantage de leur source étymologique, employait-il le terme de solidité, au lieu de celui de solidarité qui se rencontre seul dans la langue de notre droit nouveau.

14. L'obligation est donc solidaire entre plusieurs créanciers, lorsque le titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le payement total de la créance, et que le payement fait à l'un d'eux libère le débiteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers. Telle est la définition que l'article 1197 donne de l'obligation solidaire entre créanciers. Chaque créancier est ainsi créancier pour le total, *solidum singulis debetur* (2). Et, comme conséquence naturelle, il s'ensuit que le payement fait à l'un d'eux libère le débiteur envers tous.

Le droit romain appelle les créanciers solidaires *correi stipulandi*, et les débiteurs solidaires *correi promittendi* (3).

(1) Voy. Instit., *De duob. reis stipul. et promitt.* — L. 1, 2, 3, etc... *ff. De duob. reis const.*

(2) Instit., § 1, *De duob. reis stip. et promitt.*—Pothier, *Oblig.*, n° 258.

(3) L. 1, *ff. De duob. reis const.* — Instit., *De duob. reis stip. et promitt.*

15. Cette solidarité repose sur une pensée de mandat réciproque et mutuel, que les créanciers sont censés s'être donné l'un à l'autre, pour poursuivre et recevoir le payement de la créance. Mais ce mandat est restreint dans de certaines limites que nous aurons plus tard occasion de déterminer. Il nous suffit, quant à présent, de dire que ces restrictions ont pour effet d'empêcher chaque créancier de disposer absolument de la totalité de la créance, et de limiter ses pouvoirs, quant à la disposition de tout ce qui excède sa part individuelle dans le bénéfice de l'obligation.

16. Il ne faut point, d'ailleurs, assimiler chaque créancier solidaire à ce que nous appelons un tiers adjoint pour le payement, *adjectus solutionis gratiâ*, en ce qui concerne les rapports des créanciers entre eux ou avec le débiteur. Ce tiers n'est qu'un simple mandataire du créancier, et cette qualité même suffit pour nous dispenser d'un parallèle inutile. Il suffira de comparer ce que nous disons de l'un et de l'autre (1).

17. Mais nous devons insister sur les conditions essentielles pour constituer la solidarité entre créanciers.

Il faut d'abord que plusieurs personnes stipulent ensemble, se réunissent dans une stipulation commune. Car on ne saurait comprendre de solidarité, en dehors du concours de plusieurs personnes.

Cette stipulation peut, au surplus, s'adresser à une seule personne ou à plusieurs. Seulement, dans ce dernier cas, les promettants seront simplement conjoints ou solidaires, suivant la manière dont ils se seront eux-mêmes obligés.

Cette stipulation doit avoir pour objet la même chose pour tous. Car, si chacune avait stipulé une chose différente, il y aurait autant d'obligations distinctes et séparées.

Il faut encore que les créanciers stipulent par le même titre. Si chacun d'eux, en effet, stipulait la même chose par un titre différent, il ferait une stipulation distincte et indépendante de celle des autres.

(1) Voy. 1119, n° 9.

Nous n'avons cependant jusque-là qu'une obligation simplement conjointe. Outre le concours de plusieurs stipulants, outre l'identité d'un seul débiteur ou de plusieurs codébiteurs, outre l'identité de la chose stipulée, outre l'unité de titre, il faut encore que le titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le payement du total de la créance. A ces conditions-là, les créanciers sont solidaires.

La loi romaine analyse parfaitement le phénomène juridique d'une obligation contractée solidairement entre créanciers. Les stipulants demandent tous successivement au promettant, s'il s'oblige à payer à chacun d'eux la même chose; il répond, je m'y oblige, *spondeo :* stipulation solidaire. Les créanciers stipulent séparément, et le promettant répond, je m'oblige envers chacun de vous : stipulation solidaire. Mais, s'il avait déclaré d'abord s'obliger envers l'un, puis envers un autre, il y aurait deux obligations différentes, sans solidarité entre les stipulants (1).

18. Il n'est pas de nécessité rigoureuse, pour qu'il y ait solidarité entre les créanciers, que le titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le payement de la créance totale. La loi n'imposant aucune expression sacramentelle, il suffit que l'acte ne laisse aucun doute sur la véritable intention des parties.

Il leur suffira donc de déclarer qu'elles stipulent solidairement, sans définir cette solidarité par quelques-uns de ses effets essentiels, tels qu'ils sont réglés par la loi civile.

Mais l'interprétation aura souvent à s'exercer à l'occasion de semblables clauses. Il s'agira de savoir, dans les contrats synallagmatiques, si cette expression de solidarité s'applique tout à la fois aux obligations et aux droits qui en naissent, ou seulement aux uns, et non aux autres. Par exemple, en cas de vente, les vendeurs déclarent vendre conjointement et solidairement; ils s'obligent sans aucun doute solidairement comme vendeurs; ils s'engagent solidairement à l'exécution de toutes

(1) Instit., princip., *De duob. reis stip. et promitt.*

les obligations qui dérivent contre eux du contrat de vente. Mais sont-ils en même temps censés stipuler d'une manière solidaire, en la même qualité? Non évidemment; car la solidarité n'a trait qu'aux obligations qu'ils contractent, puisqu'elle ne se réfère qu'à la partie de l'acte qui précise ces obligations. Ils ne seront donc pas, en leur qualité de vendeurs, créanciers solidaires.

Au contraire, s'ils avaient stipulé solidairement dans la partie de l'acte qui comprend les droits dérivant en leur faveur du contrat de vente, ils seraient créanciers solidaires, et ne seraient point, d'autre part, tenus, comme débiteurs, solidairement.

Il importe donc de distinguer avec soin quelle est la solidarité stipulée; s'il s'agit d'une solidarité active ou d'une solidarité passive.

Il y aurait à appliquer les mêmes règles d'interprétation, dans le cas où plusieurs acquéreurs auraient déclaré acheter conjointement et solidairement (1).

19. Il suffira même aux créanciers, pour être réputés créanciers solidaires, de stipuler, sous une expression disjonctive, que le débiteur payera à tel ou à tel. A cette obligation du débiteur de payer à l'un des créanciers la totalité de la chose, correspond en effet le droit de chaque créancier d'en exiger le payement. Il est dès lors indifférent que la solidarité ait été définie par les obligations du débiteur, plutôt que par les droits des créanciers, les droits de ceux-ci étant corrélatifs aux obligations de celui-là (2).

Quelquefois, cependant, une pareille clause pourra constituer une obligation disjointe plutôt qu'une obligation solidaire entre créanciers. Ce sera lorsque le débiteur aura la faculté absolue de choisir celui des créanciers à qui il voudra payer la dette, de telle sorte, que ce créancier jouira seul et à l'exclusion des autres, du bénéfice de l'obligation, en vertu du choix

(1) Voy. DURANTON, t. 11, n° 169. — RODIÈRE, *Solidarité*, n° 5.
(2) DURANTON, t. 11, n° 165.

libre et spontané du débiteur. Mais, pour admettre ces effets bizarres d'une obligation purement disjointe, il faudra que l'acte ne laisse aucun doute sur l'intention des parties.

20. L'obligation solidaire commence essentiellement par être une obligation conjointe. Les créanciers doivent donc, à ce titre, partager entre eux le bénéfice de la créance. Celui qui en a perçu la totalité est tenu de rendre compte aux autres des parts respectives qu'ils y prennent. Il en est de même des simples à-comptes, quand même il en aurait donné quittance par imputation sur sa part (1849).

La division de la créance, dans les rapports des créanciers avec le débiteur, s'opère, comme dans le cas d'une obligation conjointe, par portions égales et viriles, sauf les modifications qui résultent expressément du titre qui la constitue. Mais, dans leurs rapports particuliers entre eux, si cette division est présumée se faire en portions égales, cette présomption cède à la preuve contraire, du moment qu'il est justifié que chaque créancier a une part différente. Elle s'opère alors, suivant la convention faite entre eux, dans les proportions qu'ils ont établies, et selon l'intérêt que chacun a pris dans l'obligation (1). Quant à la preuve de cette dérogation au principe du partage égal, elle ne peut être administrée par témoins, que dans le cas où la preuve testimoniale est admise, conformément aux règles générales du droit (2).

Dans le droit romain (3), ce partage de la créance n'avait pas lieu de plein droit et en règle générale. Celui qui avait reçu le total de la créance n'était point obligé d'en faire part aux autres, à moins qu'il n'y eût association entre eux. L'obligation prétendue solidaire se réduisait ainsi aux termes d'une obligation disjointe, dans laquelle celui qui reçoit n'en partage le bénéfice avec aucun autre. Le Code Napoléon s'est placé à un point de vue différent. Il a considéré la solidarité

(1) TOULLIER, T. 6, n° 727.—ZACHARIÆ, T. 2, pag. 266.—DURANTON, T. 11, n° 170.
(2) RODIÈRE, n° 32.
(3) L. 16, *ff. De leg.*, 2°.

entre créanciers, comme constituant pour chacun un mandat mutuel de recevoir et de poursuivre le payement, sans avoir néanmoins la faculté de disposer au-delà de sa part individuelle.

Si le législateur a ajouté dans l'article 1197, que la solidarité existe entre créanciers, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre eux, ce n'est pas pour exprimer qu'il peut y avoir certains cas où le bénéfice de l'obligation n'est point partageable et divisible entre les divers créanciers; mais plutôt pour faire comprendre que la solidarité entre créanciers n'est pas plus incompatible avec ce partage entre eux du bénéfice de l'obligation, que ne le serait un simple mandat par lequel les créanciers auraient attribué à chacun d'eux le pouvoir de poursuivre et de recevoir le payement total. Le législateur n'a voulu dire qu'une chose, c'est que la solidarité existe, quoique le bénéfice de l'obligation se divise. Si l'on suppose d'ailleurs un cas où il doive appartenir à un seul, à celui-là seul qui aura reçu, il est impossible de concilier cette hypothèse avec les dispositions de la loi qui, réglant les effets de la solidarité entre créanciers, restreignent le mandat censé attribué à chacun d'entre eux, précisément à raison des droits personnels que leur association dans le bénéfice de l'obligation crée respectivement en faveur de tous (1).

21. Dans l'obligation simplement conjointe, comme il y a eu dès le principe division de la créance en portions égales, entre tous les créanciers, il n'y a lieu à aucun accroissement de l'un à l'autre pour les parts de ceux à l'égard desquels l'obligation vient plus tard à être annulée. Les parts des autres, si d'ailleurs le contrat est maintenu pour le surplus, n'en reçoivent ni augmentation ni diminution. Au contraire, dans l'obligation solidaire entre créanciers, chacun d'eux étant réputé créancier de la totalité, sauf partage du bénéfice avec les autres créanciers, si l'obligation est déclarée nulle à l'égard de l'un

(1) Voy. cep. DURANTON, t. 11, n° 172.

ou de quelques-uns d'entre eux, leurs parts accroissent aux autres, pourvu, toutefois, que cette annulation partielle n'entraîne pas elle-même une diminution correspondante dans le bénéfice de l'obligation.

Je donne entre vifs dix mille francs à Pierre et à Paul, donataires solidaires; la donation est ensuite déclarée nulle à l'égard de Paul, soit pour défaut d'acceptation ou incapacité de sa part. Sa portion accroîtra à celle de Pierre, parce que Pierre, en sa qualité de créancier solidaire, peut exiger la totalité de la chose donnée, et est, à l'égard du donateur, réputé, en ce qui concerne le payement, seul et unique créancier. S'il devait partager avec Paul l'émolument de la donation, ce n'était que parce qu'il se trouvait en concours avec lui; or, ce concours disparaissant par suite de l'annulation de la donation en ce qui le concerne, il n'y a plus de partage à faire entre Pierre qui est réputé seul créancier, et Paul qui est censé ne l'avoir jamais été.

Mais si la donation avait été révoquée à l'égard de Paul, parce qu'il n'en aurait point exécuté les charges et conditions, cette révocation réduisant de moitié l'émolument de la donation, Pierre n'en pourrait conserver personnellement que sa part virile. En vain voudrait-on, dans ce dernier cas, le considérer comme créancier unique; il ne saurait l'être, en effet, qu'à la condition d'accomplir seul les charges de la donation. Or c'est précisément cette inexécution de la part de Paul, qui l'a fait révoquer pour une moitié. Donc Pierre ne peut avoir la totalité, puisqu'il ne satisfait pas lui-même, ou que même il ne peut satisfaire à la condition sous laquelle seulement il pourrait avoir le tout.

Article 1198.

Il est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux. — Néanmoins la remise qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier.

Sommaire.

1. Le débiteur peut payer à l'un ou à l'autre des créanciers,
2. Tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux.
3. *Quid*, si les créanciers poursuivent tous ensemble?
4. *Quid*, si plusieurs personnes poursuivent, le même jour, sans fixation d'heure?
5. Les poursuites, avant l'échéance, ne privent pas le débiteur de son droit.
6. Le payement fait, malgré les poursuites de l'un des créanciers, vaut pour tout ce qui excède sa part.
7. Les autres créanciers peuvent intervenir dans les poursuites de l'un d'eux.
8. Il peut opposer la compensation de ce que lui doit l'un des créanciers.
9. La demande d'intérêts formée par l'un les fait courir au profit de tous.
10. Restriction du mandat que la solidarité est censée contenir.
11. La remise faite par l'un des créanciers ne vaut que pour sa part, ainsi que le serment par lui déféré au débiteur.
12. *Quid*, des quittances ou déclarations frauduleuses?
13. *Quid*, de la novation, délégation ou cession consentie par un seul créancier.
14. Du compromis, de la transaction? Stipulations avantageuses.
15. Le jugement rendu pour ou contre l'un des créanciers solidaires, acquiert pour ou contre les autres, l'autorité de la chose jugée. A quelles conditions et comment.

COMMENTAIRE.

1. L'effet principal et essentiel de la solidarité entre créanciers, est d'attribuer à chacun d'eux le droit de demander le payement du total de la créance. Les autres effets de cette solidarité ne sont, à vrai dire, que les conséquences de ce principe.

Il en résulte d'abord que le débiteur est libéré par le payement fait à l'un d'eux, et qu'il est à son choix de payer à l'un ou à l'autre (1198). Car il n'y a qu'une seule dette.

2. Cette faculté d'option n'est cependant pas absolue, et est subordonnée elle-même à l'exercice du droit que chaque créancier a de poursuivre le débiteur en payement de la totalité. Aussi, n'est-il à son choix de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires que tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux (1198).

Et par poursuites, il faut entendre non seulement une citation en justice, mais encore un commandement, un acte d'exécution, et même une simple sommation de payer. Le mot poursuites est un terme général qui embrasse tous les actes par lesquels s'exprime et se manifeste l'exercice d'un droit (1). Telle nous paraît même la citation en conciliation, soit qu'elle ait été ou non suivie d'ajournement dans le délai de l'article 57, C. pr. (2).

Le débiteur doit dès lors payer à celui des créanciers qui l'a prévenu, et les autres créanciers ne pourront plus le poursuivre eux-mêmes, sauf à eux à demander compte de leurs parts à celui de leur consort qui aura reçu.

3. Ce n'est pas que les créanciers ne puissent tous ensemble se réunir et se concilier dans une poursuite commune. Mais, dans ce cas, comme il est vrai de dire que le débiteur n'a été prévenu par la poursuite d'aucun d'eux, il aurait toujours le choix de payer à l'un ou à l'autre la totalité.

4. Il en serait de même dans le cas où chaque créancier aurait intenté le même jour des poursuites séparées, si les actes n'exprimaient eux-mêmes aucune antériorité quant aux heures, sauf à chaque créancier à établir autrement la priorité de sa poursuite, et à constituer ainsi le débiteur en état de mauvaise foi.

Toutefois, s'il avait payé le premier poursuivant dans l'intervalle de la première poursuite à la seconde, le débiteur devrait être admis à justifier de la réalité de ce payement, bien qu'il n'en eût pas excipé tout de suite.

5. Les poursuites que l'un des créanciers aurait faites avant l'échéance du terme, ne doivent pas priver le débiteur de la faculté de payer, à l'échéance, à l'un ou à l'autre, à son choix. Cette poursuite prématurée ne peut, en effet, aboutir à aucune condamnation actuellement exécutoire contre lui, et doit, en

(1) DURANTON, t. 11, n° 173.
(2) *Contrà*, RODIÈRE, n° 11.

conséquence, être déclarée irrégulière et nulle, du moment qu'il paye exactement à l'échéance.

Elle ne saurait même le priver du droit de payer, par anticipation, à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires (1).

6. Quant au payement que le débiteur aurait fait, au mépris des poursuites par lesquelles l'un des créanciers l'a prévenu, nous croyons qu'il vaudrait, à l'égard de celui-ci, pour tout ce qui excède sa part respective dans la créance. La loi romaine (2) dit, il est vrai, que le débiteur prévenu par les poursuites de l'un des créanciers ne fait rien du tout, *nihil agit*, c'est-à-dire fait un payement inefficace, en payant ou en offrant à un autre. Mais la rigueur de cette décision tient aux principes du droit romain, qui identifiait et absorbait même complètement chaque créancier dans la personne de son consort. Or le Code Napoléon s'est singulièrement écarté de la sévérité de cette fiction absolue, qui conduirait à des conséquences étranges et injustes.

Il ne faut donc pas faire abstraction des droits personnels et virils du créancier qui a reçu, au mépris de la prévention opérée par les poursuites d'un autre. Si le débiteur était obligé de payer, après et nonobstant un premier payement, la totalité à celui qui l'a prévenu, il en résulterait un circuit d'actions en restitution et en répétition de la part des créanciers entre eux, et aussi de la part du débiteur contre les créanciers. On supprime toutes ces actions, et on simplifie les rapports de tous, en validant le payement, jusqu'à concurrence de ce qui excède la part du premier poursuivant (3).

7. Les autres créanciers peuvent sans doute intervenir dans les poursuites de l'un d'eux, pour la conservation de leurs droits. Mais cette intervention ne doit point préjudicier aux droits du débiteur. Ainsi, la solidarité a-t-elle été stipulée entre créanciers, dans l'intérêt du débiteur, afin de lui offrir plus de facilité pour le payement de sa dette ; les créanciers

(1) DURANTON, T. 11, n° 173.

(2) L. 16, *ff. De duob. reis const.*

(3) RODIÈRE, n° 15.

ne peuvent le contraindre, malgré lui, à payer à chacun d'eux sa part respective dans la créance. Le débiteur ne peut être forcé de payer qu'à l'un d'eux la totalité.

A-t-elle été stipulée, au contraire, dans l'intérêt des créanciers, le débiteur ne peut régulièrement offrir à chacun d'eux, ni les forcer, malgré eux, de recevoir la délivrance de leurs portions respectives. C'est le payement de la totalité qu'il doit faire à l'un d'entre eux, sans division.

8. Le débiteur peut opposer la compensation de ce que lui doit l'un des créanciers solidaires, puisqu'il est réputé seul et unique créancier à son égard. Et cette compensation a lieu de plein droit, jusqu'à due concurrence, pourvu que les éléments essentiels en aient été réunis, avant que le débiteur n'ait été prévenu par les poursuites d'un autre créancier. Autrement, en effet, le débiteur devant payer à celui qui l'a prévenu, il n'y a plus concours de dette et de créance entre les mêmes personnes. De plus, la compensation aurait lieu au préjudice de droits acquis à un tiers, ce qui ne peut pas être (1298). Il devrait donc payer à celui qui l'a prévenu, sauf à lui à faire valoir, ainsi que de droit, sa créance personnelle contre l'autre créancier, son débiteur.

Il ne pourrait du moins, dans ce cas, opposer la compensation de sa dette avec ce que lui doit ce dernier, que jusqu'à concurrence seulement de la part que celui-ci prend dans le bénéfice de l'obligation solidaire. Supposez, en effet, qu'il paye la totalité de la créance; le créancier qui est son débiteur aura tout aussitôt le droit de poursuivre en remboursement de sa part le créancier solidaire qui en a reçu le montant; or le débiteur, comme exerçant ses droits, pourra exercer le même recours. Il convient donc de prévenir, par une compensation à due concurrence, ces circuits d'actions qui aboutissent, en définitive, à la personne du créancier solidaire poursuivant.

On a prétendu cependant (1), en se fondant sur l'article 1294,

(1) DELVINCOURT, T. 2, pag. 715. — MARCADÉ, art. 1198.

qu'il ne peut opposer la compensation de tout ce que l'un des créanciers solidaires lui doit personnellement, de même que le débiteur solidaire ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur. Nous montrerons plus loin que cet article est contraire aux raisons communes du droit, et qu'il ne doit point, par suite, tirer à conséquence. Mais la conséquence même que l'on en tire, par un argument fondé sur l'analogie, ne saurait être exacte : le débiteur pouvait en effet au moment où, suivant nous, la compensation s'est accomplie, payer à celui des créanciers solidaires qui était personnellement débiteur envers lui ; et en le payant, il pouvait retenir le montant de sa créance, ou après avoir payé, se le faire rendre à l'instant même. Or la compensation n'a été introduite que pour prévenir ces payements oiseux et ces restitutions inutiles, en les résumant dans sa forme abrégée. Elle ne vaut payement et libération, que parce que la loi fait d'office ce que les parties sont censées vouloir faire elles-mêmes. Aussi, a-t-elle lieu de plein droit, par la seule force de la loi et à l'insu des débiteurs. La situation respective du débiteur, en ce qui concerne le payement et les actes qui en tiennent lieu, envers chaque créancier solidaire, étant exactement semblable à celle de tout débiteur envers un créancier unique, rien ne s'oppose à ce qu'il puisse également opposer la compensation, et qu'il soit libéré à l'égard des autres créanciers par une compensation intégrale envers l'un d'eux, comme il le serait par un payement effectif (1).

Si donc il venait à payer entre les mains d'un autre créancier solidaire, sa dette qui était ainsi de droit éteinte par compensation, il ne pourrait plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir, au préjudice des tiers, des priviléges ou hypothèques qui y étaient attachées, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette (1299).

Mais si l'obligation était simplement disjointe, il n'y aurait

(1) DURANTON, T. 11, n° 178.— ZACHARIÆ, T. 2, pag. 265.— RODIÈRE, n° 16.

pas lieu à compensation de plein droit avec ce qui pourrait être dû au débiteur par l'un des créanciers. La qualité de créancier, pour l'un et l'autre créancier, dépendant du choix à faire entre eux par le débiteur, il manque jusque-là une des conditions essentielles pour que la compensation s'opère. On ignore quel est le créancier. Elle est donc subordonnée au choix qui le détermine ; car ce n'est qu'à ce moment-là qu'il peut y avoir avec certitude deux personnes réciproquement débitrices l'une envers l'autre ; que les deux dettes peuvent concourir et s'éteindre mutuellement, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives. Si donc le débiteur choisit pour créancier celui qui est son débiteur, à partir de ce choix consommé, il y aura lieu à compensation. Si, au contraire, il préfère payer à l'autre qui ne lui doit rien, il n'aura qu'à faire valoir ensuite sa créance contre son débiteur.

9. La demande d'intérêts formée par l'un des créanciers solidaires les fait courir au profit des autres créanciers. Telle est la conséquence du droit que la solidarité confère à chaque créancier d'exiger le payement de la totalité de la créance (1).

Il en est de même de la convention par laquelle l'un des créanciers aurait stipulé que la créance produira des intérêts.

10. Nous avons dit que la solidarité entre créanciers avait pour effet de faire considérer chacun d'eux, dans ses rapports avec le débiteur, comme s'il était seul créancier. De ce principe il résulterait, dans la rigueur de la théorie pure, que chaque créancier solidaire aurait le droit absolu de disposer de la créance, de telle sorte que tous ses actes de disposition, par rapport à cette créance, devraient être maintenus envers les autres créanciers ; qu'ainsi la créance éteinte à son égard d'une manière quelconque, devrait être réputée éteinte à l'égard de tous les autres ; que, par exemple, la remise qu'il aurait faite de la créance pourrait être opposée aux autres par le débiteur, comme s'ils l'avaient eux-mêmes consentie personnellement. Ces conséquences étaient admises par le droit

(1) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 264.

romain, parce qu'il avait posé et développé dans toute sa rigueur théorique le principe de la solidarité. La remise de la dette éteignait absolument l'obligation (1). Le serment déféré par l'un des créanciers préjudiciait à l'autre (2). Et tels étaient les principes de notre ancienne jurisprudence (3).

Le Code Napoléon n'a pas attribué à la solidarité des effets aussi exagérés. Tout en reconnaissant qu'elle suppose un élément de mandat réciproque et mutuel, il y a apporté de sages restrictions qui en limitent l'étendue. Ce mandat supposé n'est point en effet un mandat ordinaire ; il y a sans doute du mandat, mais il y a en même temps autre chose ; aussi ne doit-on en faire qu'un mandat *sui generis*, qui a dans le droit une qualification particulière, qui est, en un mot, la solidarité.

Le législateur moderne se plaçant à ce point de vue, que l'obligation solidaire entre créanciers commence par une obligation simplement conjointe, dans laquelle chaque créancier partage le bénéfice de la créance, a pensé avec raison que ce serait faire violence à l'intention des stipulants, que de supposer qu'ils entendaient par la solidarité se donner mutuellement pouvoir de disposer individuellement de la totalité de la créance. Il a, au contraire, présumé que chacun d'eux se réserve la faculté de disposer de sa part dans la créance, et ne reçoit des autres, pour tout ce qui excède cette part, que le pouvoir de poursuivre et de recevoir le payement de ce qui leur est dû.

11. En conséquence, la remise qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires, ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier (1198) ; et le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur, ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier (1365). L'action subsiste pour le surplus.

12. Si, par fraude et par collusion, l'un des créanciers soli-

(1) L. 2, *ff. De duob. reis const.*
(2) L. 28, *ff. De jure jur.*
(3) POTHIER, *Oblig.*, nos 260 et 824.

daires avait donné quittance au débiteur, sans rien recevoir, ou bien faussement déclaré, sur le serment à lui déféré par le débiteur, le fait d'un prétendu payement, les autres créanciers, pour ne pas avoir à exercer de recours contre ce créancier, peut-être insolvable, seraient admis à prouver la simulation. La quittance et le serment ne vaudraient alors que comme une simple remise (1).

13. Poussant jusqu'au bout la conséquence de son principe, la loi romaine (2) reconnaissait au créancier solidaire le droit de faire novation et délégation de la créance, de la même manière qu'il pouvait en faire la remise au débiteur. Sous le Code Napoléon, au contraire, il faut décider que la novation, la délégation et la cession n'ont d'efficacité que pour la part de celui ou de ceux qui les ont consenties ou approuvées, sans qu'elles puissent être opposées aux autres (3).

Ces actes vaudraient cependant contre les autres créanciers, dans le cas où ils auraient lieu sans leur causer, du reste, aucun préjudice, dans le sens d'un payement effectif de la créance qui aurait été opéré, sous cette forme, entre les mains du créancier qui les a consentis. Ils n'auraient alors qu'à se faire rendre compte du bénéfice de l'obligation, par celui d'entre eux qui l'a ainsi reçue par la voie d'une novation, d'une délégation ou d'une cession, avant que le débiteur eût été prévenu par leurs poursuites.

14. La créance solidaire ne peut de même être valablement l'objet d'un compromis ou d'une transaction, que pour la part de celui qui transige ou compromet (4).

Mais il est hors de doute que chaque créancier solidaire peut stipuler d'autres sûretés, de nouvelles garanties, des droits plus étendus, et que ses consorts en profitent immédiatement, sans que même celui qui les a stipulés puisse ensuite

(1) DURANTON, T. 11, n° 174.

(2) L. 31, § 1, *ff. De nov. et deleg.* — POTHIER, *Oblig.*, n° 556.

(3) DURANTON, T. 11, n° 176.—ZACHARIÆ, T. 2, pag. 265.—TOULLIER, T. 7, n° 296. — RODIÈRE, n° 21.

(4) DURANTON, T. 11, n° 177.

en faire remise sans leur consentement et à leur préjudice. Le bénéfice de ces stipulations avantageuses leur profite et leur reste acquis, comme si elles dataient de la création même de l'engagement (1). Tel est l'effet du mandat réciproque tel qu'il est supposé par la loi.

15. Mais que doit-on décider à l'égard des jugements rendus pour ou contre l'un des créanciers solidaires? Acquièrent-ils pour ou contre les autres l'autorité de la chose jugée?

Quant aux jugements rendus en faveur de l'un d'entre eux, on ne saurait sérieusement douter que les autres ne puissent également s'en prévaloir, et en poursuivre l'exécution contre le débiteur, aussi bien que celui qui a seul figuré en nom dans l'instance. Il les représente en effet par suite du mandat contenu dans la solidarité, et en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés de poursuivre le payement. Le jugement rendu en sa faveur est donc censé rendu, en même temps, en faveur de tous les autres, et le débiteur ne peut faire rejuger avec eux ce qui a été déjà jugé avec leur consort, tout comme s'ils n'avaient profité que d'une interruption de prescription (2). Ce point est à peu près convenu.

Mais, si le jugement a été rendu contre l'un des créanciers solidaires, le débiteur qui l'a obtenu pourra-t-il également l'opposer aux autres? Ou bien, au contraire, ne pourra-t-il l'opposer que pour la part de celui-là seul contre lequel il a été particulièrement rendu?

La solidarité donne bien à chaque créancier le pouvoir de faire meilleure la condition des autres, mais elle ne lui confère pas celui de la rendre pire par son fait personnel. Nous venons de voir les conséquences de ce principe. Mais que l'on veuille remarquer que lorsque les juges portent une décision contre l'un des créanciers solidaires, seul demandeur ou défendeur, sauf le cas où il y aurait dol et fraude de sa part, on ne peut dire que ce soit son fait personnel qui ait provoqué et

(1) Rodière, n° 29.

(2) *Contrà*, Duranton, t. 13, n° 521.

déterminé le jugement rendu en faveur du débiteur. Il y a si peu fait personnel de sa part, que la décision qui le condamne a été combattue par lui et rendue malgré lui. Elle ne fait qu'émaner de l'autorité judiciaire, chargée d'apprécier et de fixer les droits des parties. Ce n'est donc pas le créancier solidaire qui dispose de la créance, mais bien la justice qui statue sur son existence ou son étendue. En vain dit-on que nous contractons en jugements, *judiciis contrahimus;* cette maxime n'a pas d'autre sens que celui-ci : elle veut dire que les jugements nous obligent comme nous obligerait un contrat. Mais elle n'autorise point cette assimilation parfaite que l'on prétendrait établir entre le droit de disposer d'une créance, et le droit d'en soumettre l'appréciation à la justice, de la part des créanciers solidaires.

On ne saurait non plus argumenter des dispositions de l'article 1365. En effet, dans l'hypothèse de cet article, il s'agit d'un serment déféré au débiteur par l'un des créanciers, et la loi décide avec raison, que cette délation de serment ne peut être opposée que pour la portion de ce créancier dans la créance. C'est qu'il y a de sa part un fait personnel, un acte de disposition que les juges ne font que consacrer. Le jugement cesse alors d'être l'expression de l'autorité et de la pensée des juges; il n'est plus que la consécration de l'acte par lequel le créancier solidaire a disposé lui-même de la créance, en faisant de son adversaire l'arbitre souverain du débat.

La question se réduit donc à ces termes : chaque créancier solidaire a-t-il qualité suffisante, pouvoirs suffisants pour représenter les autres dans une instance relative à l'obligation commune entre eux? Or la solidarité lui attribue le droit de demander le payement de la totalité de la créance. Ce droit implique nécessairement celui de poursuites, et par poursuites il faut entendre non seulement les actes extra-judiciaires, mais tous les actes de procédure qui introduisent, constituent et consomment une instance judiciaire; en un mot, le pouvoir qui lui est donné de poursuivre, contient celui de provoquer et de faire rendre jugement; et de même que la poursuite

comprend la totalité de la créance, le jugement doit s'appliquer également à la totalité de l'obligation solidaire. Le créancier solidaire représente donc les autres dans l'instance poursuivie entre lui seul et le débiteur. Comment ne les représenterait-il pas, quand la solidarité le fait réputer, vis-à-vis du débiteur et dans l'exercice des poursuites, seul et unique créancier? Il en résulte que le jugement rendu contre l'un des créanciers solidaires, est censé rendu contre tous les autres, et qu'il peut acquérir contre eux l'autorité de la chose jugée (1), sauf tierce-opposition de leur part, en cas de collusion et de fraude.

Mais nous devons dire à quelles conditions. Celui contre lequel le jugement a été rendu ne peut nuire aux autres par son fait personnel. Il rendrait leur position pire, si, par un aveu, une renonciation, une reconnaissance il avait déterminé le jugement, ou si, par un acquiescement, il pouvait conférer, à leur égard, à la décision rendue, l'autorité de la chose souverainement jugée. Si le mandat réciproque et mutuel que contient la solidarité donne à chacun d'eux qualité pour représenter les autres dans l'instance, il ne leur attribue pas celui d'acquiescer à la décision. Car ce droit d'acquiescement serait un véritable droit de disposition sur la chose d'autrui (1).

Le jugement rendu contre l'un d'eux n'acquerra donc contre les autres l'autorité de la chose jugée, qu'à la condition qu'ils y auront eux-mêmes acquiescé, soit expressément, soit tacitement, par une exécution volontaire ou par l'expiration des délais accordés pour se pourvoir. Mais ces délais courront, en ce qui les concerne, du jour de la signification régulièrement faite à la partie qui a figuré seule dans l'instance. Ainsi, le jugement est-il par défaut, leur opposition ne sera plus recevable, lorsqu'il aura été exécuté contre leur consort, sans qu'il y ait lieu à péremption, à leur égard, à défaut d'exé-

(1) MERLIN, Quest., v^is *Chose jugée*, § 18, n° 1. — TOULLIER, T. 10, n° 204. — PROUDHON, *Usuf.*, T. 3, n° 1322. — MARCADÉ. art. 1198. — *Contrà*, DURANTON, T. 11, n° 179, et T. 13, n° 521. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 265, et T. 5, pag. 774, n^te 41. — RODIÈRE, n° 27.

(2) Voy. 1351, n° 100.

cution dans les six mois. Est-il contradictoire, ils pourront, soit faire appel, soit se pourvoir en cassation, dans les délais de la signification faite à la partie instanciée, pour en obtenir la rétractation. Mais, passé le délai légal, ils n'y seront plus recevables, quoique le jugement ne leur ait pas été personnellement notifié. Il a dès lors contre eux force de chose jugée.

Voilà comment nous essayons de concilier entre eux les effets divers de la solidarité, et de combiner le mandat spécial qui en résulte, avec les restrictions que la loi y a apportées. Nous ajouterons que cette théorie sur les effets de la chose jugée entre créanciers solidaires, offre l'avantage d'établir l'unité et l'harmonie dans cette partie de notre législation civile. Elle constitue, en effet, la réciprocité d'une autre théorie, fondée sur les mêmes principes, que nous développerons plus loin en traitant des débiteurs solidaires (1).

Article 1199.

Tout acte qui interrompt la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires, profite aux autres créanciers.

Sommaire.

1. L'interruption de la prescription opérée à l'égard de l'un des créanciers profite aux autres.
2. La renonciation du débiteur à la prescription en faveur de l'un profite également aux autres.
3. Il en est de même de la suspension de la prescription.
4. Effets de la solidarité à l'égard des héritiers des créanciers.

COMMENTAIRE.

1. C'est encore un des effets de la solidarité que tout acte qui interrompt la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires profite aux autres créanciers (1199) (2).

Peu importe la nature de l'acte interruptif. Il est indifférent

(1) 1208, nos 12 et suiv.
(2) L. *ult.*, C. *De duob. reis.* — Pothier, *Oblig.*, n° 260.

que l'interruption soit simplement naturelle, ou qu'elle résulte d'une citation en justice, d'un commandement, d'une saisie, ou de la reconnaissance du débiteur ou possesseur.

2. Si le débiteur renonce expressément ou tacitement à la prescription acquise, en faveur de l'un des créanciers solidaires, cette renonciation profite également aux autres.

3. En est-il de même, en ce qui concerne la suspension de la prescription? Si, parmi les créanciers solidaires, il en est un à l'égard duquel le cours de la prescription ait été suspendu, par suite d'un privilége particulier, aura-t-il été également suspendu à l'égard des autres? Nous le croyons, même pour le cas où l'objet de la créance n'est pas une chose indivisible (1).

Ce n'est pas, en effet, sur la nature de la chose due, mais bien sur les rapports personnels créés par la solidarité entre les parties, que nous nous fondons pour dire que, en fait de prescription, le créancier solidaire, mineur, par exemple, relève les majeurs. La solidarité donnant à un seul des créanciers solidaires le droit de demander la totalité de la créance, le mineur peut exiger un payement total, comme s'il était seul et unique créancier; car il est réputé tel à l'égard du débiteur. Mais, comme il ne peut invoquer pour lui-même la solidarité, sans reconnaître en même temps les droits de ses consorts, il doit partager avec eux le bénéfice de l'obligation.

Quant aux créanciers majeurs, ils peuvent également demander le payement de toute la créance, parce que la solidarité les identifiant tous les uns avec les autres, à l'égard du débiteur, il n'est pas de droit qui puisse appartenir à l'un sans appartenir aux autres. Pour prétendre qu'ils ne peuvent se prévaloir de la suspension de la prescription, et que la créance est éteinte, sauf pour la part du mineur, les annotateurs de M. Zachariæ continuent l'hypothèse d'un simple mandat entre les créanciers solidaires. Or, disent-ils, la minorité du mandataire

(1) DURANTON, T. 11, n° 180. — *Contrà*, ZACHARIÆ, T. 2, pag. 265, n^te^ 21. — RODIÈRE, n° 25. — MARCADÉ, art. 1199.

ne suspend point la prescription au profit du mandant majeur. Mais nous contestons précisément l'exactitude de cette assimilation avec la situation du simple mandataire, de celle des créanciers solidaires pour tout ce qui excède leur part dans la créance. Que ce mandat soit censé exister dans les rapports des créanciers entre eux, nous le reconnaissons ; mais il n'existe pas avec les mêmes caractères, dans les rapports des créanciers avec le débiteur. A son égard, par l'effet de la solidarité, ils sont tous ensemble, comme un seul l'est séparément, réputés n'être qu'un seul et unique créancier d'une seule et unique dette.

4. Comme la solidarité stipulée ne donne point à l'obligation le caractère d'indivisibilité (1219), on ne doit point appliquer aux actes des héritiers des créanciers solidaires, les principes que nous avons posés pour les créanciers eux-mêmes. Du moins, les principes de la solidarité se combineront avec ceux de la divisibilité.

Ainsi, chaque héritier ne pourra poursuivre que le payement de sa part dans la totalité de la créance ; le débiteur ne pourra payer valablement la totalité qu'à tous les héritiers ensemble, ou à chacun d'eux sa part et portion.

Les actes de disposition faits par l'un des héritiers, ne vaudront que pour la part qu'il prend dans la part du créancier solidaire, son auteur.

L'interruption ou la suspension de la prescription, à son égard, ne profitera aux autres créanciers que pour sa part dans la totalité de la créance, de même que l'interruption n'a lieu, contre les autres codébiteurs solidaires, que pour la part dont l'héritier vis-à-vis duquel elle a eu lieu est personnellement tenu (2249) (1).

Mais l'interruption ou la suspension de la prescription en faveur de l'un des héritiers d'un créancier solidaire, ne profiterait pas à ses cohéritiers, de même que l'interruption contre l'un des héritiers d'un codébiteur solidaire, ne nuit point aux

(1) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 264, n[te] 17. — DURANTON, T. 11, n° 180.

autres cohéritiers, quand même la créance serait hypothécaire (1). C'est que, de cohéritier à cohéritier, l'obligation cesse d'être solidaire et se divise de plein droit, bien que la solidarité continue de lier entre eux les héritiers de l'un des créanciers, d'une part, avec les autres créanciers ou leurs représentants, d'autre part. La solidarité se morcelle alors et s'éparpille sur plusieurs têtes. De là ces diverses conséquences, qui ne sont que le résultat de la solidarité et de la divisibilité combinées.

§ 2. *De la solidarité de la part des débiteurs.*

ARTICLE 1200.

Il y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le payement fait par un seul libère les autres envers le créancier.

Sommaire.

1. Définition de la solidarité passive.
2. Conditions essentielles de son existence.
3. Suite.
4. Elle est fondée sur la pensée d'un mandat réciproque et mutuel.
5. *Quid*, si les codébiteurs s'engagent solidairement par actes séparés?
6. Distinction. Suite.
7. La solidarité n'est pas un simple cautionnement réciproque.
8. Le payement opéré par l'un libère les autres envers le créancier.

COMMENTAIRE.

1. Le législateur définit ici la solidarité passive par le même procédé que la solidarité active. Il en donne la définition par l'explication de ses effets. Il y a, dit-il, solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et

(1) ZACHARIÆ, DURANTON, *ibid.*

que le payement fait par un seul libère les autres envers le créancier (1200).

2. Mais remarquons bien sous quelles conditions existe cette solidarité de la part des débiteurs. Ils doivent d'abord s'être obligés tous ensemble à la même chose. Il faut que la chose soit une, *una res* (1); et cette unité de chose se traduit elle-même en une parité de cause, *par causa* (2). Car, si chacun d'eux s'obligeait à des choses différentes, ou pour des causes différentes, il y aurait, de leur part, non pas une obligation solidaire, mais des obligations parfaitement distinctes et séparées.

Ce n'est pas, cependant, que chaque codébiteur doive essentiellement s'obliger identiquement à la même chose, en ce sens qu'il doive s'obliger exactement à autant et dans la même mesure que son consort. Il peut s'engager à une quantité moindre, lorsque l'autre, en s'obligeant à une quantité plus forte, s'est lui-même engagé à cette quantité moindre. Ainsi, je puis très régulièrement m'engager solidairement avec Paul, à vous payer dix mille francs, bien que Paul s'engage lui-même à vous en payer vingt mille. Jusqu'à concurrence de dix mille francs, nous sommes en effet tenus de la même chose; seulement, au-delà de cette somme, il n'y a que Paul qui soit engagé. Lors donc qu'il y a une différence de quantité et d'étendue, quant à la chose même qui fait le sujet de l'obligation, il n'y a d'engagement solidaire que jusqu'à concurrence de la mesure dans laquelle il y a entre les codébiteurs identité de choses promises.

Nous verrons enfin, sous l'article suivant, que la solidarité ne cesse pas, bien que chaque codébiteur soit, quant au lien qui résulte de l'obligation, obligé différemment au payement de la même chose.

3. Mais, jusque-là, il n'y a qu'une obligation simplement conjointe de la part des débiteurs, tant qu'ils n'ont fait que

(1) Instit., § 1, *De duob. reis*.
(2) L. 9, § 2, *ff. De duob. reis*.

s'obliger conjointement et ensemble au payement de la même chose. Il manque une dernière condition pour qu'il y ait solidarité. Leur engagement ne sera solidaire que tout autant qu'ils se seront, en outre, obligés de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité. Car c'est là le caractère essentiel de la solidarité passive, que chaque débiteur soit tenu de la totalité, aussi absolument que s'il en était seul débiteur, de même que c'est le caractère essentiel de la solidarité active, que chaque créancier puisse exiger le payement de la totalité, comme s'il en était seul créancier.

4. La solidarité entre débiteurs, comme la solidarité entre créanciers, repose sur la pensée d'un mandat réciproque et mutuel que les codébiteurs sont censés s'être donné l'un à l'autre, pour se représenter dans tout ce qui concerne l'exécution de leur engagement commun. Mais ce mandat sous-entendu est lui-même limité par certaines restrictions, qui empêchent les débiteurs de se représenter l'un l'autre, en tout et d'une manière parfaite. Nous aurons soin, dans le cours de notre commentaire, de préciser ces restrictions du mandat réciproque et mutuel que la solidarité est censée contenir. Qu'il nous suffise de dire, quant à présent, en termes généraux, qu'elles ont leur point de départ dans ce principe, que chaque codébiteur peut rendre meilleure la position de ses consorts, mais qu'il ne peut la rendre pire par son fait personnel.

5. Puisqu'il y a dans la constitution même de tout engagement solidaire un élément de mandat mutuel entre les divers coobligés, il faut, pour qu'il y ait entre eux réellement solidarité, que chacun sache avec qui il s'engage ainsi solidairement. Lorsque tous s'obligent ensemble et par le même acte, aucun doute ne peut exister sur la connaissance qu'ils ont les uns des autres. Mais lorsqu'ils s'engagent successivement et par des actes séparés, il faut qu'ils déclarent s'obliger solidairement avec tels ou tels, de manière à établir entre ces actes une corrélation nécessaire. Ainsi, je déclare m'obliger solidairement avec Primus, qui ne figure pas au contrat, à vous payer

dix mille francs. Que Primus, par un acte postérieur, déclare à son tour s'obliger à la même chose solidairement avec moi, nous serons codébiteurs solidaires ; et il importera peu qu'en m'engageant le premier, je me sois ou non porté fort pour lui. Nous nous sommes, en effet, acceptés réciproquement et en connaissance, pour mandataires ou représentants l'un de l'autre, dans le sens de la solidarité, par cela même que nous sommes engagés ensemble solidairement.

Il peut même y avoir solidarité dans l'engagement, sans que le premier obligé ait expressément indiqué la personne avec laquelle il entendait s'engager. C'est ce qui arrive lorsque cette dernière, en s'obligeant, plus tard et par acte séparé, solidairement avec lui, avait personnellement une part dans les charges de l'obligation. En effet, son consort, en s'obligeant le premier à la totalité de la dette, quoiqu'elle ne le concernât pas exclusivement tout seul, s'est engagé par cela même solidairement avec elle. D'un autre côté, en s'engageant elle-même solidairement avec le premier à la totalité de la dette, qui cependant ne la concerne qu'en partie, elle l'a accepté pour son codébiteur solidaire. En un mot, par la manière dont ils se sont successivement engagés à la même chose, il est évident qu'ils ont créé, avec connaissance, entre eux et dans leurs rapports avec le créancier, les liens d'une véritable solidarité.

6. Mais supposez que l'un ou plusieurs se soient d'abord obligés seuls, sans indication expresse ou tacite d'un autre coobligé ; qu'un tiers intervienne ensuite, qui déclare séparément s'engager avec eux solidairement : il n'y aura pas de la part de ce dernier obligation solidaire, dans le sens où nous la prenons ici ; la solidarite sera imparfaite (1). Ainsi, je m'oblige solidairement avec Primus, et par le même acte, à vous payer dix mille francs ; entre nous, il y a solidarité parfaite. Plus tard et par acte séparé, intervient Secundus, dont il n'a point été fait mention dans notre premier engagement, et qui

(1) Toullier, t. 6, n° 723. — Marcadé, art. 1201, n° 2. — Rodière, n° 39.

déclare s'obliger solidairement avec Primus et avec moi à vous payer cette même somme de dix mille francs. Il est bien engagé solidairement ; mais à quel titre? Il ne le sera que comme caution solidaire, et non comme codébiteur solidaire proprement dit, parce que son engagement est en dehors de notre connaissance et de nos prévisions, et qu'il est simplement accessoire à un autre dont il présuppose l'existence ; tandis que la solidarité véritable et parfaite implique, de la part de chaque obligé, non pas un engagement accessoire, mais un engagement principal pour la totalité, quelle que soit, du reste, sa part personnelle dans les charges de l'obligation (1).

Or il n'est pas indifférent, ainsi qu'on le verra plus loin, de donner telle ou telle qualification à l'engagement du tiers qui intervient plus tard, pour s'obliger solidairement avec un autre ou d'autres précédemment obligés. Autre chose, le cautionnement même solidaire, autre chose, l'obligation solidaire. Il y a entre eux des différences essentielles que nous aurons soin de signaler, sans mettre toutefois dans un traité de la solidarité un traité du cautionnement.

7. En appliquant au fait de la solidarité une analyse plus ingénieuse que vraie, on serait disposé à y voir le fait d'un simple cautionnement réciproque et mutuel. Prenons trois codébiteurs solidaires ; cette analyse trouve, par la décomposition de leur engagement, trois obligations principales de mille francs chacune, et trois cautionnements de deux mille francs chacun, si nous supposons que la dette solidaire est de trois mille francs. Chaque codébiteur est ainsi débiteur principal pour sa part virile, et, pour les parts des autres, simple caution, comme il est lui-même, pour sa part virile, cautionné par les autres.

Ces aperçus manquent d'exactitude. Il est bien vrai que la solidarité peut, dans la pratique, se résumer dans les effets d'un cautionnement réciproque et mutuel ; mais elle peut également produire des effets différents ou contraires. Nous le

(1) Toullier, t. 6, n° 723. — Duranton, t. 11, n° 188.

verrons plus loin. Il ne faut donc point généraliser et poser en principe un fait qui, n'en étant point la conséquence essentielle, ne peut servir à qualifier la solidarité, même dans ses résultats ordinaires. Le seul principe exact et vrai qui domine toute la théorie de la solidarité, c'est que, chaque codébiteur est tenu de la dette aussi totalement et aussi principalement que s'il était seul débiteur, et que, par rapport à la chose qui fait le sujet de l'obligation, tous les débiteurs réunis sont considérés, à l'égard du créancier, comme ne faisant qu'un seul et même débiteur. On ne saurait donc décomposer leur obligation totale en une obligation principale pour une part, et en une obligation accessoire pour une autre, c'est-à-dire en un cautionnement même solidaire. Il n'y a qu'une seule obligation principale pour tous, comme pour chacun; et ce principe est fécond en conséquences importantes.

8. Il s'ensuit d'abord que le payement fait par un seul libère les autres envers le créancier (1200). Il n'y a en effet qu'une seule et même dette.

Le terme, payement, est ici employé dans son acception la plus large. Il suffira donc que la dette ait été acquittée ou éteinte par l'un des débiteurs, d'une manière quelconque équivalente à un payement effectif, pour que tous les autres soient par cela même libérés.

Mais ils ne le seront qu'à l'égard du créancier. Car le débiteur qui a payé la dette aura à exercer contre eux un recours dont nous déterminerons plus loin le principe, le mode et l'étendue.

ARTICLE 1201.

L'obligation peut être solidaire, quoique l'un des débiteurs soit obligé différemment de l'autre au payement de la même chose; par exemple, si l'un n'est obligé que conditionnellement, tandis que l'engagement de l'autre est pur et simple, ou si l'un a pris un terme qui n'est point accordé à l'autre.

Sommaire.

1. Le lien juridique peut être différent pour chaque codébiteur.
2. A cet égard, différence entre la solidarité et le cautionnement.
3. Conséquences de la diversité du lien.

COMMENTAIRE.

1. Il faut bien distinguer, dans les obligations solidaires, l'identité de la chose promise de l'identité du lien résultant de l'obligation. Il est sans doute essentiel, pour que la solidarité existe, que la même chose soit due par chacun des codébiteurs; mais il n'est pas exigé que cette chose soit due par chacun d'eux de la même manière. Il y a en effet autant de liens juridiques qu'il y a de débiteurs différents; et la solidarité n'en subsiste pas moins, parce que l'obligation continue à être une dans son objet, et à conserver sa qualité particulière dans la personne de chaque débiteur (1). Cette identité dans la prestation, d'une part, et cette diversité dans le lien juridique, d'autre part, forment le caractère le plus remarquable de l'obligation solidaire.

C'est ce principe qui a été consacré par l'article 1201. L'obligation, dispose-t-il, peut être solidaire, quoique l'un des débiteurs soit obligé différemment de l'autre au payement de la même chose; par exemple, si l'un n'est obligé que conditionnellement, tandis que l'engagement de l'autre est pur et simple, ou si l'un a pris un terme qui n'est pas accordé à l'autre.

2. Il y a, à cet égard, une différence très notable entre l'engagement solidaire proprement dit et le cautionnement solidaire ou simple. Car, si le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses, sauf réduction à la mesure de l'obligation principale (2013) (2), l'engagement solidaire de l'un des codébi-

(1) L. 7 et 9, § 2, *ff. De duob. reis.*
(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 371, et *Constitutæ pecuniæ*, n° 19.

teurs, même pour ce qui dépasse sa part personnelle dans l'obligation, peut être contracté, sous les divers rapports du lieu, du terme ou de la condition, d'une manière plus onéreuse que celui de ses consorts. Cette différence tient à la nature particulière de l'un et de l'autre engagement. C'est que le cautionnement est une obligation accessoire à une obligation principale, à la mesure de laquelle elle est essentiellement réductible, tandis que l'engagement solidaire constitue par lui-même, pour chacun de ceux qui l'ont contracté, une obligation tout aussi principale que s'il n'y avait qu'un seul débiteur. Il n'a, dès lors, aucune réduction à subir, par suite de sa comparaison avec un autre engagement qui ne peut lui servir de mesure.

3. Lorsque l'un des codébiteurs solidaires s'est obligé différemment de l'autre au payement de la dette, cette diversité dans le lien de l'engagement a une double conséquence. Dans les rapports des débiteurs avec le créancier, il en résulte d'abord que chacun d'eux ne peut être poursuivi que dans les termes mêmes en lesquels il s'est obligé. Ainsi, le créancier devra attendre, par rapport à lui, l'échéance du terme ou l'événement de la condition (1). Il en résulte ensuite, dans les rapports des codébiteurs entre eux, que le débiteur qui aura payé la dette solidaire devra attendre, pour exercer son recours contre son coobligé, que le terme ou la condition soit échue, comme aurait dû faire à son égard le créancier lui-même. Car il ne peut exercer plus de droits que ce dernier, auquel il est légalement subrogé par l'effet de son payement (2).

Que si, en dehors des termes de l'engagement solidaire, et postérieurement à la convention ou au fait duquel il résulte, le créancier avait accordé un terme à l'un des codébiteurs, sans l'accorder également aux autres, il ne pourrait les poursuivre, avant son échéance, que déduction faite de la part

(1) Instit., § 2, *De duob. reis.*
(2) Duranton, t. 11, n° 189.

contributive dans la dette de celui auquel il aurait été concédé. Il ne peut, en effet, en enlever indirectement le bénéfice à ce codébiteur, en l'exposant à un recours immédiat de la part de ses consorts. De son chef, et comme exerçant ses droits, ceux-ci peuvent donc s'en prévaloir. De leur chef personnel même, ils peuvent opposer au créancier qu'il n'a pas pu, par son fait, en ajournant l'exercice de leurs droits en dehors des conséquences prévues du fait ou de la convention, modifier l'action en recours qui leur appartient contre le codébiteur, en l'acquit duquel ils auraient payé. Sous ce rapport, cette dernière hypothèse diffère de celle qui fait le sujet de l'article 1201. Il y a, tant que dure le délai accordé à l'un des coobligés, une sorte de remise volontaire de la solidarité consentie par le créancier, et, par suite, une exception réelle, inhérente pour une portion au fond même de la dette.

Article 1202.

La solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée. — Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi.

Sommaire.

1. La solidarité ne se présume pas.
2. Distinguer l'obligation solidaire du cautionnement solidaire.
3. Peu importe que l'obligation résulte d'un contrat ou d'un testament.
4. Il n'y a pas d'expression sacramentelle pour signifier la solidarité.
5. Exemples divers.
6. De la solidarité appliquée au cautionnement. Interprétation.
7. Différences entre la solidarité et le cautionnement réciproque.
8. Peu importe que les codébiteurs déclarent, dans leurs rapports entre eux, n'être que cautions les uns des autres.
9. Cas où plusieurs s'obligent solidairement, en se portant fort en outre pour un tiers.
10. La solidarité peut résulter de la seule manière de s'engager.
11. Suite, quant aux dispositions testamentaires.
12. Cas divers de solidarité de plein droit.

13. De l'action du notaire contre ses clients.
14. De celle de l'avoué et autres.
15. De celle des experts.
16. Cas de solidarité en matière commerciale.
17. Solidarité en matière d'infractions pénales.
18. S'applique-t-elle au cas de simples contraventions?
19. La condamnation doit être prononcée pour le même fait. Conséquence.
20. Il importe peu que la condamnation soit poursuivie devant la juridiction civile ou devant la juridiction répressive. Diverses hypothèses.
21. Les juges, en condamnant, peuvent faire une répartition inégale entre les parties.
22. La solidarité s'applique aux quasi-délits.
23. Les dépens sont divisibles. Exception.
24. Des engagements de la loi et quasi-contrats.

COMMENTAIRE.

1. Nous l'avons déjà dit : lorsque plusieurs personnes stipulent ou promettent ensemble la même chose, chacune d'elles est censée stipuler ou promettre pour la part qu'elle prend personnellement dans la cause de la stipulation ou de la promesse. Leur stipulation ou leur promesse est ainsi réputée simplement conjointe, c'est-à-dire divisée entre chacun des stipulants ou promettants en autant de parts égales et viriles.

Voilà le droit commun, et la solidarité y fait exception. La solidarité ne se présume donc point; il faut qu'elle soit expressément stipulée (1202). Dans le doute, l'obligation devra être réputée simplement conjointe, parce qu'elle est moins onéreuse pour le débiteur, et qu'il est de règle d'interpréter la convention contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation (1162).

2. Alors même que l'acte contient une expression de solidarité, il reste à déterminer avec soin l'espèce d'obligation solidaire. Le promettant a-t-il contracté un engagement solidaire proprement dit, ou bien n'a-t-il entendu s'imposer qu'un simple cautionnement solidaire? La distinction est fort importante, et souvent, dans la pratique, elle sera très délicate à saisir.

Son engagement, par la manière dont il a été contracté, est-il accessoire à un autre considéré comme principal et dominant; il sera simplement caution. S'est-il, au contraire, obligé de manière à pouvoir être contraint à la totalité de la dette, comme s'il était seul et principal obligé; il sera réellement codébiteur solidaire.

Du reste, il ne faut pas oublier ici que la solidarité véritable, supposant un mandat réciproque et mutuel de la part des codébiteurs entre eux, il ne saurait y avoir de coobligés solidaires, dans le sens où nous prenons la solidarité, que ceux qui se sont obligés ensemble et en connaissance les uns des autres. Celui-là donc qui se sera obligé par un acte séparé, à l'insu du premier obligé, ou sans relation avec le précédent contrat, celui-là ne pourra jamais être tout au plus qu'une caution solidaire.

3. Toute obligation peut être solidaire, soit qu'elle résulte d'une disposition de dernière volonté ou d'un contrat (1). Mais il faut, dans tous les cas, que la solidarité soit exprimée dans l'acte, du moins lorsque l'obligation ne peut être prouvée que par écrit. Car il est évident que là où il n'y a pas besoin d'acte, il suffit que la solidarité soit expressément convenue, comme qualité particulière de l'engagement.

4. Aucune expression sacramentelle n'est impérieusement exigée. Il suffit que les termes de l'acte n'offrent aucune incertitude.

Le mieux est sans doute d'employer l'expression consacrée par sa simplicité même, et de dire tout bonnement: solidaire, solidairement, solidarité. Mais comme il arrive souvent que dans la rédaction des actes on n'apporte pas une netteté et une clarté suffisantes, nous devons indiquer, par quelques exemples, les règles d'interprétation que l'on doit suivre.

La solidarité ayant pour effet d'obliger chacun des codébiteurs à la totalité de la chose due, chaque fois qu'il résultera

(1) L. 9, *ff. De duob. reis.*

des termes de l'acte, que chacun des coobligés s'est engagé à une même chose, de manière qu'il puisse être contraint à la totalité, on pourra dire alors, avec certitude, qu'il y a entre eux engagement solidaire. Seulement, il pourra y avoir encore à déterminer si la solidarité s'applique à un simple cautionnement, ou à une obligation solidaire proprement dite. Il est en effet indifférent que les contractants expriment la solidarité par sa dénomination propre, ou qu'ils se bornent à la signaler par quelques-uns de ses effets essentiels. Elle n'en est pas moins régulièrement et légalement exprimée.

5. Ainsi, plusieurs codébiteur déclarent s'obliger à la même chose conjointement, chacun pour les autres, et le meilleur pour le tout; il y a entre eux solidarité; car, si elle n'est pas nommée, elle est clairement définie (1).

« Quand deux, dit Loisel (2), s'obligent ensemblement l'un pour l'autre, et un chacun d'eux seul pour le tout, ils renoncent, en effet, au bénéfice de division et de discussion. »

Il en est de même, s'ils déclarent renoncer à ce bénéfice de division et de discussion. Il est évident, en effet, qu'ils se sont engagés de manière que chacun d'eux est débiteur principal, et en même temps débiteur de la totalité.

Mais il ne suffirait pas qu'ils eussent déclaré s'obliger conjointement. Cette expression n'indique aucune solidarité; elle l'exclut, au contraire (3), à moins que les autres termes de l'acte ne lui donnent un sens différent.

Il suffit même que les coobligés aient renoncé, soit au bénéfice de discussion, soit au bénéfice de division. Car, en renonçant à l'un ou à l'autre, chacun d'eux se constitue débiteur principal, et conséquemment débiteur de la totalité, comme s'il était seul et unique débiteur.

Cependant, si les coobligés qui ont déclaré renoncer, soit au bénéfice de discussion, soit au bénéfice de division, n'avaient

(1) Toullier, t. 6, n° 721. — Zachariæ, t. 2, pag. 262, n[te] 11.
(2) Instit., liv. 3. tit. 1, n° 12.
(3) *Contrà*, Toullier, t. 6. n° 721.

contracté qu'un simple cautionnement, cette renonciation n'emporterait pas l'idée de solidarité. La caution peut, en effet, renoncer au bénéfice de division sans renoncer à l'autre, et renoncer à celui-ci sans renoncer à celui-là (2021, 2026). Le cautionnement serait donc, dans l'un comme dans l'autre cas, un cautionnement qui tiendrait en quelque sorte le milieu entre le cautionnement simple et le cautionnement solidaire. Mais, lorsque les coobligés sont des codébiteurs conjoints, leur renonciation à l'un ou à l'autre bénéfice fait de chacun d'eux un débiteur principal de la totalité, comme s'il avait exprimé un engagement solidaire, puisque le créancier peut, sans craindre d'exception qui restreigne sa poursuite, lui demander le payement de toute la chose. Autrement, la renonciation n'aurait aucun sens. Mais, en matière de cautionnement, elle produit encore son effet spécial.

« J'ai toujours été d'avis, dit Loisel (1), et suis encore que, qui promet fournir et faire valoir, s'oblige en son nom et sans discussion, quoiqu'il ait été jugé au contraire (2). » Et c'est en effet le contraire qu'il faut juger, car il n'y a qu'un simple cautionnement ordinaire.

6. L'expression même de solidarité appliquée à de simples cautions, peut n'emporter quelquefois que la renonciation, soit au bénéfice de discussion, soit au bénéfice de division. Ainsi, plusieurs cautions déclarent s'obliger solidairement entre elles, sans dire que c'est aussi solidairement avec le débiteur; elles ne renoncent qu'au bénéfice de division, et non au bénéfice de discussion.

De même, en s'obligeant solidairement avec le débiteur et non entre elles, elles ne renoncent qu'au bénéfice de discussion et non à celui de division (3). On comprend, au surplus,

(1) Instit., liv. 3, tit. 1, n° 11.

(2) Loyseau, *De la garantie des rentes*, ch. 4. — Bacquet, *Traité des rentes*, ch. 20.

(3) Duranton, t. 11, n° 186.

que ces divers cas peuvent, suivant les circonstances, donner matière à interprétation.

7. Nous avons dit que la solidarité était, dans son principe comme dans ses conséquences, très différente d'un cautionnement réciproque et mutuel. Il ne faut donc pas voir une expression de solidarité dans le cautionnement que les codébiteurs conjoints se sont promis réciproquement l'un pour l'autre.

La dette continue, en effet, de se diviser entre eux par portions égales ou viriles. Chacune de ces fractions constitue pour chacun des débiteurs qui en est personnellement tenu, une obligation principale dont l'autre codébiteur ou les autres codébiteurs sont cautions simples ou solidaires, suivant la manière dont ils ont déclaré se cautionner réciproquement. En réalité, le même acte contient autant d'engagements principaux que de débiteurs, avec leur cautionnement particulier, de telle sorte qu'il convient de déterminer les effets des obligations principales et accessoires, comme si elles avaient été contractées par des actes distincts et séparés. En un mot, il faut combiner les principes ordinaires des obligations simplement conjointes avec ceux du cautionnement.

Ainsi, chaque codébiteur pourra, en ce qui concerne la part pour laquelle il est simplement caution, opposer, soit le bénéfice de discussion (2021), soit le bénéfice de division (2026), soit l'impossibilité de la subrogation légale par le fait du créancier (2037), soit enfin certaines exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et sont inhérentes à la dette (2036).

Nous ferons toutefois observer que, si la déclaration des coobligés qu'ils se cautionnent mutuellement les uns les autres, n'est pas par elle-même une expression suffisante de solidarité, elle pourra fort souvent, étant rapprochée d'autres circonstances et énonciations de l'acte, établir l'existence d'un véritable engagement solidaire.

8. Il importe peu d'ailleurs que les codébiteurs, après avoir déclaré s'obliger solidairement, expliquent ensuite dans le

cours du même acte, que l'un ou quelques-uns d'entre eux ne sont que les cautions des autres. Cette énonciation, qui ne se réfère qu'aux obligations respectives des coobligés entre eux, ne modifie en rien, dans les rapports des codébiteurs envers le créancier, la solidarité sous laquelle ils ont expressément déclaré s'obliger envers lui.

9. Mais si l'on suppose un héritage indivis entre trois personnes, et que deux déclarent le vendre solidairement entre elles, ajoutant qu'elles promettent ou se portent fort pour le troisième, ce dernier, en ratifiant la vente, ne devient pas vendeur solidaire avec les deux autres, parce que ceux-ci n'ont pas promis un engagement solidaire de sa part. Il ne sera donc tenu de l'exécution du contrat, que pour sa portion virile (1). Il en serait autrement si la solidarité avait été promise de sa part.

10. La solidarité peut enfin résulter de la seule manière dont les codébiteurs se sont obligés. Tels sont les effets de cette formule de stipulation que nous empruntons à la loi romaine (2); je stipule : Mœvius, vous vous obligez à me donner dix écus d'or? Et vous, Seius, vous vous obligez aussi à me donner ces mêmes dix écus d'or? Si chacun d'eux répond séparément, je m'y oblige; ils se constituent par là débiteurs solidaires, *duo rei promittendi ita fiunt*. C'est que chacun d'eux a promis la totalité.

Il y aurait également solidarité de leur part, si, après les avoir interrogés l'un et l'autre en même temps, et leur avoir demandé, qui de vous payera? Tous deux répondaient, moi, moi. Chacun d'eux s'est en effet obligé à la totalité.

11. Des contrats, nous passons aux dispositions testamentaires. Il y aura solidarité, lorsque le testateur aura expressément chargé de toute l'obligation chacun de ses héritiers ou légataires institués. Je dispose donc en ces termes (3) :

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 265.
(2) Instit., *Princip., De duob. reis stipul. vel promitt.*
(3) L. 8, § 1, *ff. De leg.*, 1°.

Titius, mon héritier, ou Mœvius, aussi mon héritier, donnez dix à Seius. Seius pourra poursuivre l'un ou l'autre, à son choix ; et le payement effectué par l'un libérera l'autre, comme s'ils s'étaient obligés solidairement, *quasi si duo rei promittendi in solidum obligati fuissent.*

Papinien dit encore qu'il y a solidarité dans cette formule : *Titius et Mœvius Sempronio decem dato* (1). Mais Cujas (2) fait observer, avec raison, qu'au lieu de la conjonctive *et*, il faut lire la disjonctive *aut*, parce que, d'une part, la conjontive veut le pluriel, *danto*; et que, d'autre part, la formule disjonctive est la seule qui, de droit, emporte solidarité (3).

Cependant, Dumoulin (4) prétend que l'obligation des héritiers n'est point parfaitement solidaire, quoique chacun d'eux soit tenu de la totalité. Il se fonde sur le mot *quasi*, qui n'exprime qu'une assimilation, une analogie imparfaite. Et il en conclut que, si un corps certain était ainsi légué, et qu'il vînt à périr par la faute de l'un d'eux, l'autre ne verrait pas son obligation se perpétuer, quant au principal, comme au cas de l'article 1205. Mais Pothier (5) l'a suffisamment réfuté, en faisant voir que cette expression *quasi* ne signifie pas un simple à peu près, mais une solidarité parfaite, en ce sens que les héritiers sont tenus, comme ils le seraient, s'ils avaient contracté une obligation solidaire. La loi romaine le dit d'ailleurs expressément, *fiunt duo rei promittendi* (6), ils sont solidaires (7).

A ce propos, nous observerons que, si d'après l'article 1221, nº 4, plusieurs sont chargés de la totalité de la dette, il n'y a pas indivisibilité, mais solidarité. Car l'article 1221, en disant

(1) L. 9, *ff. De duob. reis.*

(2) *Quæst. Papinien*, liv. 27, sur la loi 9, et *Obs.*, liv. 5, ch. 35.

(3) L. 8, § 1, *ff. De leg.*, 1º. — L. 25, *ff. De leg.*, 3º. — L. 16, *ff. De leg.*, 2º.

(4) *Div. et indiv.*, P. 3, nºs 153 et suiv.

(5) *Oblig.*, nº 269.

(6) L. 9, *ff. De duob. reis.*

(7) TOULLIER, T. 6, nº 721. — DURANTON, T. 11, nº 187.

que le principe de la divisibilité cesse dans ce cas, ne dit pas que ce soit parce que la dette est indivisible; et il ne pouvait le dire.

12. La règle que la solidarité ne se présume point et qu'elle doit être exprimée, cesse néanmoins dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi (1202).

Ainsi, lorsque, en cas de convol, la mère tutrice perd de plein droit la tutelle, son mari est solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle a indûment conservée (395).

Si la mère est maintenue dans la tutelle par le conseil de famille, son second mari devient nécessairement son cotuteur, et, en cette qualité, solidairement responsable avec sa femme de la gestion postérieure au mariage (396).

S'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires qui aient accepté, ils seront solidairement responsables du compte du mobilier qui leur aura été confié, à moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions, et que chacun d'eux ne se soit renfermé dans celle qui lui était attribuée (1033).

S'il y a des enfants mineurs, le défaut d'inventaire, lors de la mort de l'un des époux, fait que le subrogé-tuteur qui n'a point obligé l'époux survivant à faire inventaire, est solidairement tenu avec lui de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs (1442).

En cas d'incendie des bâtiments loués, tous les locataires en sont solidairement responsables, à moins qu'ils ne fassent certaine preuve que la loi détermine (1734).

Dans le cas de prêt à usage, si plusieurs ont conjointement emprunté la même chose, ils en sont solidairement responsables envers le prêteur (1887). Mais il n'y a point de réciprocité, et les prêteurs conjoints d'une même chose ne sont point tenus solidairement de leurs obligations comme prêteurs, à moins de stipulation contraire, ou d'un quasi-délit commun entre eux.

Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat (2002). Au contraire, quand il y a plusieurs fondés de pouvoir ou mandataires établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle a été exprimée (1995).

Quant au *negotiorum gestor*, il n'a contre chaque cointéressé ou maître qu'une action proportionnée à l'intérêt de celui-ci dans la gestion, suivant sa portion, non pas virile, mais réelle (1).

13. Par application des principes relatifs au mandat, on doit reconnaître en faveur du notaire une action solidaire en remboursement de ses honoraires et déboursés, contre chacune des parties qui l'ont chargé de la consommation d'un acte commun entre elles (2).

S'il y a, en effet, dans la convention qui se forme entre un notaire et ses clients un élément de louage d'ouvrage et d'industrie, il nous semble que, sous d'autres rapports, il y a incontestablement un véritable mandat. Ainsi, il se charge de certaines avances nécessaires pour la perfection de l'acte ; et le fait même de conférer à cet acte le caractère de l'authenticité, ne saurait rentrer, à aucun point de vue, dans un simple louage d'industrie. Il y a donc, de la part du notaire, autre chose que la consommation d'un simple travail. Il reçoit en réalité pouvoir de représenter ses clients dans certains actes juridiques, de stipuler et de promettre en leur nom, pouvoir qui ne se trouve point dans le simple louage d'ouvrage, et qui est le signe distinctif de cette dernière convention d'avec le mandat (3). Aussi, la Cour de cassation dit-elle que le notaire

(1) DURANTON, T. 11, n° 204.

(2) DURANTON, T. 11, n° 202. — ZACHARIÆ, T. 3, pag. 131, n^te 7. — RODIÈRE, n° 222. — Cass., 26 juin 1820. SIREY, 20, 1, 409. — 19 avril 1826. SIREY, 26, 1, 396. — 10 nov. 1828. SIREY, 29, 1, 79. — 20 mai 1829. SIREY, 29, 1, 272.

(3) Voy. à cet égard ZACHARIÆ, T. 3, pag. 34, n^te 1; pag. 121, n^te 2;

est le mandataire des parties pour recevoir leurs dispositions (1).

Nous ferons cependant remarquer que, si dans le même acte il y avait en somme plusieurs conventions distinctes qui intéressassent séparément quelques-unes des parties, il n'y aurait de solidarité, en faveur du notaire, que contre celles à qui chacune de ces conventions offrait un intérêt commun, et seulement pour les honoraires et déboursés relatifs à chacune de ces conventions distinctes. La solidarité est, en effet, essentiellement subordonnée à la condition que l'affaire sera commune aux parties. On ne peut donc l'étendre à tout un ensemble de conventions qui ne sont point communes aux parties, l'unité d'acte n'équivalant pas à la communauté d'intérêt.

14. On doit également reconnaître une action solidaire à l'avoué contre chacune des parties qui, soit en demandant, soit en défendant, l'ont constitué pour poursuivre une instance commune (2) ; de telle sorte que, s'il y a plusieurs successions engagées dans l'instance, il a action solidaire indistinctement contre chaque cohéritier de ces diverses successions, à moins qu'il ne soit présumé, en se faisant délivrer des exécutoires de dépens distincts envers quelques-uns, avoir renoncé à leur égard à la solidarité (3).

Mais cette action solidaire ne saurait appartenir à l'avoué qui aurait été constitué par mandats donnés séparément et pour des intérêts distincts (4);

Elle appartient à l'arbitre, liquidateur d'une société com-

pag. 131, n[te] 7. — DUVERGIER, *Louage*, T. 2, n[os] 267 et suiv. — TROPLONG, *Mandat*, n[os] 217 et 690; *Louage*, n° 804. — POTHIER, *Mandat*, n° 26. — MERLIN, Rép., v° *Notaire*, § 6, n° 4. — DURANTON, T. 18, n° 196.

(1) Cass., 24 juin 1840. SIREY, 40, 1, 503.

(2) ZACHARIÆ, T. 3, pag. 131, n[te] 7. — DURANTON, T. 11, n° 203 — TROPLONG, *Mandat*, n° 691. — RODIÈRE, n° 221.

(3) Nîmes, 30 avril 1850. SIREY, 50, 2, 513.

(4) Cass., 21 nov. 1854. SIREY, 55, 1, 25.

merciale, contre ceux qui l'ont personnellement institué (1);

Aux arbitres choisis volontairement par les parties contendantes (2);

Aux huissiers, à l'égard des parties qui ont requis des actes de leur ministère dans un intérêt commun;

Mais non aux syndics, qui, étant nommés par la masse de la faillite, laquelle constitue une personne morale, ne tiennent point leurs pouvoirs des créanciers individuellement (3).

15. Nous croyons encore que les experts nommés par la justice ont une action solidaire contre les parties intéressées, en payement de leurs honoraires.

Nul doute d'abord sur l'existence de cette solidarité contre celles des parties qui ont requis l'expertise ou qui l'ont poursuivie, si elle a été ordonnée d'office. Dans ce cas, en effet, l'exécutoire est directement délivré contre elles (319, C. pr.); et il doit l'être solidairement, puisque l'expertise a été demandée ou approuvée par elles. Elles sont donc censées avoir donné elles-mêmes mandat aux experts.

On ne saurait non plus douter sérieusement que cette solidarité existe contre les parties qui, sans l'avoir requise, l'ont ensuite poursuivie, ou qui même sans l'avoir poursuivie, ont néanmoins acquiescé expressément ou tacitement au jugement qui a ordonné l'expertise. Leur approbation équivaut alors à un mandat volontairement conféré (4).

Mais cette solidarité existe-t-elle également, même contre celle des parties qui n'a ni requis, ni poursuivi, ni acquiescé? Plusieurs auteurs (5) la dénient dans ce cas. Ils se fondent prin-

(1) DURANTON, T. 11, n° 203. — TROPLONG, *Mandat*, n° 691. — RODIÈRE, *ibid.* — Cass., 17 juin 1823. SIREY, 24, 1, 94.

(2) Cass., 17 nov. 1830. SIREY, 31, 1, 28. — TROPLONG, *Mandat*, n° 691.

(3) Cass., 23 mai 1837. SIREY, 37, 1, 839.

(4) MERLIN, Rép., v° *Experts*, § 9. — BONCENNE, T. 4, pag. 492. — Cass., 11 août 1813. SIREY, 15, 1, 94. — Montpellier, 30 janv. 1840. SIREY, 40, 2, 210. — Grenoble, 13 déc. 1848. SIREY, 49, 2, 604. — Bordeaux, 8 juin 1855. SIREY, 55, 2, 585. — Besançon, 4 mars 1856. SIREY, 56, 2, 607.

(5) MERLIN, BONCENNE, *ibid.*, CARRÉ, *Quest.* 1207. — PIGEAU, T. 1, pag. 574. — RODIÈRE, *Solidarité*, n° 225, et *Cours de procédure*, T. 2, pag. 170.

cipalement sur les dispositions de l'article 319, C. pr., d'après lequel l'exécutoire est délivré contre la partie qui l'a requise ou poursuivie, si elle a été ordonnée d'office. Quant à nous, nous pensons qu'elle existe dans tous les cas et contre toutes parties sans distinction.

Les dispositions de l'article 319, C. pr., nous semblent, en effet, ne contenir qu'une mesure d'ordre, d'expédient, sans altérer le fond même du droit, en ce qui touche les conséquences du mandat judiciairement conféré aux experts. Or, peu importe qu'il ait été attribué aux experts par les parties elles-mêmes, ou par les juges saisis de la contestation. Car toutes parties, en déférant à la justice le jugement de leur débat, l'investissent par cela même de tous les pouvoirs nécessaires pour juger avec connaissance. Lors donc qu'elle ordonne une expertise, elle fait acte de juridiction, et si elle l'ordonne malgré l'opposition de l'une des parties, elle fait acte d'autorité. Mais, soit qu'elle l'ordonne d'office, ou sur la demande seulement de quelques-unes, elle ne fait, dans tous les cas, qu'user, dans la mesure qu'elle juge convenable, des pouvoirs qu'elles lui ont conférés, en la saisissant du jugement de leur affaire. La distinction proposée repose donc sur une apparence vaine.

On comprend d'ailleurs avec peine comment la partie qui s'est opposée à l'expertise, et qui a succombé dans son opposition, pourrait profiter de cet incident jugé mal fondé, pour se décharger de toute solidarité à l'égard des experts. Sa mauvaise foi ne saurait rendre sa position meilleure que celle de ses consorts, et établir en sa faveur une inégalité que rien ne justifie.

La raison souveraine, suivant nous, sur laquelle se fonde la solidarité, c'est que l'expertise, bien que les honoraires des experts soient une chose divisible, constitue une opération, un travail indivisible, qui ne peut se scinder dans son exécution; que, comme mesure d'instruction, elle intéresse également et totalement chacune des parties; que chaque partie est dès lors tenue solidairement envers les experts, à raison de l'indivisibilité de la cause de l'obligation à son égard, puisque cette

indivisibilité, qui résulte de la nature même des choses, n'est point subordonnée au concours, à l'acquiescement, au consentement des plaideurs (1).

Dans le cas même où l'expertise ordonnée malgré l'opposition de l'une des parties, aurait été plus tard au principal déclarée inutile, nous pensons que l'action des experts continue à être solidaire. Vainement on oppose que la solidarité suppose un mandat judiciaire donné pour un intérêt commun, dans une affaire commune. Car cette objection est tirée du point de vue de la situation particulière de chaque partie, tandis que, pour apprécier les droits des experts, il convient d'examiner le caractère de leur mission. Or, nous le répétons, il suffit qu'elle leur soit confiée par la justice, pour qu'elle soit réputée confiée par les parties elles-mêmes, qui, en soumettant au juge la décision de leur affaire, ont nécessairement accepté d'avance les divers actes de sa juridiction (2).

16. Les associés en nom collectif indiqués dans l'acte de société, sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale (22, C. comm.).

L'associé commanditaire qui a contrevenu aux dispositions de l'article 27, est obligé solidairement avec les associés en nom collectif pour toutes les dettes et engagements de la société (28, C. comm.).

Tous ceux qui ont signé, accepté ou endossé une lettre de change ou un billet à ordre, sont tenus à la garantie solidaire envers le porteur (140, 187, C. comm.).

17. Tous les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit, seront tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages et intérêts et des frais (55,

(1) Duranton, t. 11, n° 203. — Favard, Rép., v° *Rapport d'experts*, sect. 1, § 3, n° 8, et v° *Solidarité*, § 2, art. 1, n° 9. — Chauveau, *Tarif*, t. 1, pag. 311, et sur Carré, *Quest.* 1207. — Riom, 30 avril 1850. Sirey, 50, 2, 591.

(2) *Contrà*, Paris, 22 juin 1848. Sirey, 49, 2, 293.

C. p.). Et cette solidarité est indépendante de l'inégalité des peines auxquelles les délinquants peuvent être condamnés.

Il en résulte que, si le montant des condamnations solidaires excède trois cents francs, le jugement ou l'arrêt doit fixer la durée de la contrainte par corps (1), bien que, par suite de la division entre les parties, les portions individuelles soient inférieures à trois cents francs. La solidarité fait que chacun est débiteur de la totalité (2).

18. L'article 55, C. p., ne parle littéralement que du cas de condamnation prononcée pour crime ou pour délit. Il faut conclure de son silence, à l'égard des contraventions, que la solidarité ne doit pas être prononcée contre tous les individus condamnés pour une même contravention, comme coauteurs. La loi du 22 juillet 1791, tit. 2, art. 42, déclarait expressément solidaires entre les complices, les amendes de la police correctionnelle et municipale. Mais l'article 55, C. p., en ne disposant que pour les crimes et délits, a par cela même restreint à cette double hypothèse la solidarité quant aux amendes. Comme elle est de droit étroit, on ne peut l'étendre d'un cas à un autre par voie d'analogie ou même d'identité de raison (3).

Mais l'article 156 du décret du 18 juin 1811 prononce la solidarité, quant aux dépens, contre tous les auteurs ou complices du même fait; et cette disposition comprend les dépens en matières criminelle, correctionnelle et de simple police. Car cette expression, fait, embrasse toute sorte d'infraction pénale (4).

Quant aux dommages et intérêts dus en matière de simple contravention de police, malgré le silence de l'article 55, C. p., nous croyons que la solidarité existe. Mais alors les coauteurs

(1) Loi du 17 avril 1832, art. 40.

(2) Cass., 3 juin 1843. Sirey, 43, 1, 937.

(3) Marcadé, art. 1202, n° 2. — Toullier, t. 11, n° 151. — Cass., 12 mai 1849. Sirey, 49, 1, 608.

(4) Cass., 12 mai, 1849. Sirey, 49, 1, 608. — *Contra*, Chauveau et Hélie, *Code pénal*, t. 1, pag. 308.

ou complices en sont tenus solidairement, non à titre d'infraction pénale, mais à titre de quasi-délit (1).

19. Il est essentiel que la condamnation soit prononcée pour le même fait. Ainsi, lorsque plusieurs individus ont été simultanément poursuivis et condamnés, les uns, comme auteurs ou complices des mêmes faits, les autres, comme auteurs ou complices d'autres faits, chacun d'eux ne doit pas être condamné aux dépens ou amendes, solidairement avec les autres. Il doit l'être seulement à la portion de frais afférente aux faits particuliers à raison desquels il a été condamné avec un ou plusieurs autres, en qualité de coauteurs ou complices. Il convient alors de faire, dans la juste proportion indiquée par les circonstances de la cause, une division des dépens, avec attribution à chaque ordre de condamnés. Autrement, la condamnation serait étendue illégalement à des frais nécessités par une instruction et un jugement concernant des faits auxquels la partie condamnée n'aurait point pris part (2).

20. Comme la solidarité est ici attachée à la nature du fait pour lequel la condamnation est intervenue, et non à l'espèce de juridiction qui la prononce, il importe peu que la réparation ait été poursuivie devant un tribunal civil ou devant un tribunal criminel, correctionnel ou de simple police. La loi n'établissant d'ailleurs aucune distinction entre les diverses juridictions qui peuvent être saisies par la partie lésée, et cette partie pouvant, à son choix, poursuivre séparément l'action civile devant la juridiction civile, ou la poursuivre en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique, il suffit qu'une condamnation soit prononcée, pour qu'elle doive l'être solidairement à son profit, contre tous ceux qui sont condamnés pour la même infraction (3).

(1) Voy. *infrà*, n° 22.

(2) Cass., 20 janv. 1843. Sirey, 43, 1, 225. — 2 avril 1846. Sirey, 46, 1, 720. — 24 mars 1855. Sirey, 55, 1, 609.

(3) Zachariæ, t. 2, pag. 262, n^te 12. — Duranton, t. 11, n° 194. —

L'action civile étant indépendante de l'action publique, et le sort de l'une n'étant pas subordonnée à celui de l'autre, l'acquiescement donné par le ministère public au jugement de première instance, n'enlève pas à la cause son caractère d'affaire correctionnelle, pourvu que le fait qui lui sert de base ait le caractère de délit. Dès lors, si cet acquiescement empêche la juridiction supérieure régulièrement saisie par l'appel de la partie civile, d'appliquer une peine quelconque que le ministère public ne peut même requérir contre le prévenu, il ne s'ensuit pas que la partie civile ne puisse faire déclarer et reconnaître l'existence du délit poursuivi par elle, afin d'obtenir réparation du dommage à elle causé. Et les juges doivent prononcer, dans ce cas, la solidarité contre les divers prévenus (1).

Dans le cas d'absolution, comme dans celui d'acquittement ou de condamnation, la Cour d'assises doit statuer sur les dommages et intérêts prétendus par la partie civile (366, C. inst cr.). Si tous les accusés sont condamnés, absous ou acquittés, la Cour, en les condamnant à une réparation envers la partie civile, prononcera contre tous une condamnation solidaire.

Les uns sont-ils condamnés, et les autres absous ou acquittés, la Cour devra également les condamner, sans distinction, solidairement aux dommages et intérêts dus à la partie civile. Car, si le fait commun entre eux n'a pas entraîné pour tous les mêmes conséquences pénales, il n'en est pas moins vrai qu'il est le principe et la cause des dommages et intérêts prononcés contre tous.

Il est sans doute inutile de faire remarquer que, dans ce cas, ceux-là seuls devont être condamnés solidairement aux amendes, restitutions et frais envers la partie publique, qui auront été condamnés ensemble.

MARCADÉ, art. 1202, n° 2. — MERLIN, Quest., v° *Solidarité*, § 10, n° 1. — Cass., 6 sept. 1813. SIREY, 14, 1, 57. — *Contrà*, Bordeaux, 16 fév. 1829. SIREY, 29, 2, 300.

(1) Cass., 15 juin 1844. SIREY, 45, 1, 73.

A la différence des cours d'assises, les tribunaux correctionnels sont incompétents pour statuer sur les dommages et intérêts prétendus par la partie civile, lorsque le fait n'est réputé ni délit, ni contravention. Ils doivent alors annuler l'instruction, la citation et tout ce qui a suivi, et renvoyer le prévenu (191, C. inst. cr.), sauf à la partie lésée à poursuivre son action devant les tribunaux civils.

Mais, supposons que la partie civile ait obtenu d'abord de la juridiction répressive une condamnation à des dommages et intérêts, contre un seul ou quelques-uns des auteurs ou complices du même fait; et qu'ensuite, elle poursuive devant la juridiction civile un autre ou d'autres individus, comme coauteurs ou complices, en réparation de ce même fait commun à tous. La juridiction civile, en condamnant ces derniers, devra prononcer la solidarité entre eux et les premiers condamnés. Car, la solidarité étant fondée sur la communauté et l'indivisibilité du fait, n'est pas subordonnée à cette condition, qu'elle sera prononcée contre tous en même temps, à la suite de la même instance et par la même juridiction, ou par une juridiction semblable. Il n'est pas enfin toujours au pouvoir de la partie lésée d'obtenir contre tous une condamnation simultanée.

Il en est de même, dans le cas où la partie civile a d'abord poursuivi un seul ou quelques-uns des délinquants devant la juridiction civile; et, ensuite, l'autre ou les autres, devant la juridiction répressive. La solidarité entre les divers individus successivement condamnés, même par des tribunaux différents, résulte virtuellement de la combinaison des condamnations prononcées l'une après l'autre pour la totalité des dommages et intérêts. Mais elle n'est qu'imparfaite (1).

Pour que cette solidarité ait lieu, il faut évidemment que la dernière condamnation se réfère à la condamnation précédente, en ce sens que les juges aient entendu condamner les derniers à la réparation solidaire du même fait que les pre-

(1) Rodière, n° 313.

miers. Car il est essentiel que tous soient condamnés à la même chose, puisque la solidarité suppose nécessairement l'unité de dette et la parité de cause. Il n'y aurait point de solidarité, si la seconde condamnation était prononcée en sus et indépendamment de la première.

Du reste, lorsque les condamnations successives se réfèrent l'une à l'autre, si les dommages alloués par la dernière sont supérieurs à ceux de la première, il n'y a de solidarité que jusqu'à concurrence de la quotité moindre, puisque dans cette mesure il y a identité. En vain les derniers poursuivis prétendraient-ils que la condamnation prononcée contre eux ne peut allouer des dommages et intérêts supérieurs aux autres, parce que la solidarité, qui en est la conséquence, veut nécessairement qu'il n'y ait qu'une même chose due par tous. Ils ne sauraient, en effet, se prévaloir, pour faire restreindre dans ces limites la réparation dont ils sont personnellement passibles, de la solidarité qui a été édictée contre eux en faveur de la partie lésée. Ils ne peuvent retourner contre cette dernière les dispositions mêmes qui ont été portées exclusivement en sa faveur. D'ailleurs, quant à eux, il n'y a point chose jugée.

Mais pourrait-elle se prévaloir de cette solidarité de droit pour demander que les derniers poursuivis fussent condamnés à une réparation au moins égale à la condamnation des premiers? La solidarité ne serait, sans doute, pas entière, si la dernière condamnation était moindre. L'indivisibilité du fait commun à tous, et la nécessité pour chacun de le réparer totalement, semblent repousser cette inégalité. Du moment donc que les juges reconnaissent que les derniers poursuivis ont participé à l'infraction commune, il semble qu'ils doivent, en constatant cette responsabilité indivisible, les condamner tout au moins à la même somme de dommages et intérêts, sans que, d'un autre côté, ils soient obligés de ne pas la dépasser. Mais il est évident que, s'ils la dépassent, les premiers condamnés ne peuvent être tenus de cet excédant, sous prétexte de solidarité; car, à leur égard, il y a chose définitivement jugée.

Néanmoins, on ne saurait prétendre qu'en condamnant les derniers poursuivis à une somme moindre, les juges aient violé la loi. N'y ayant point chose jugée à l'égard de ces délinquants, la question reste entière en ce qui les concerne. De même donc qu'ils peuvent être condamnés à des dommages et intérêts qui viennent en sus de la première condamnation, ils peuvent n'être condamnés qu'à une portion des dommages et intérêts alloués précédemment contre les autres. Mais ils ne sont alors tenus solidairement que de cette quotité, puisqu'ils la doivent, *in solidum*, avec chacun de leurs consorts, et qu'ils ne doivent que cela, par imputation même sur la somme totale des dommages et intérêts les plus élevés. Aussi, est-il exact de dire, à ce point de vue, qu'il n'y a qu'une condamnation simultanée qui produise une solidarité parfaite. Mais il n'en est pas moins vrai qu'en cas d'actions successives contre les contrevenants, les derniers poursuivis ne laissent pas d'être tenus solidairement avec les premiers des réparations civiles, soit pour des quotités égales, si les condamnations sont identiques, soit jusqu'à concurrence de la quotité moindre, si les condamnations sont différentes.

21. Les juges, en condamnant solidairement plusieurs individus pour le même fait commun entre eux, peuvent, à raison des circonstances et eu égard à la participation de chacun, répartir inégalement entre eux la somme des réparations civiles (1). Mais, dans le silence du jugement de condamnation, elles sont censées prononcées contre chacun d'eux pour une part égale et virile.

Cette inégalité de répartition résulte même nécessairement du concours de condamnations se référant l'une à l'autre, et successivement prononcées pour des sommes différentes; la part de chacun se règle sur sa condamnation.

22. La solidarité n'existe pas seulement de plein droit en matière de crimes et de délits (55, C. p.). Elle existe aussi

(1) RODIÈRE, n° 315.

en matière de simples délits civils et de quasi-délits. Les auteurs du même fait dommageable, constitutif d'un délit ou quasi-délit, doivent donc être condamnés solidairement aux dommages et intérêts dus à la partie lésée, alors même que ce fait se réfère à l'inexécution d'une obligation non solidaire, et qu'il n'est point incriminé par la loi pénale.

Il est vrai que la solidarité ne se présume pas, et que cette exception ne cesse que lorsque la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi. Il est vrai encore que l'article 55, C. p., n'est relatif qu'aux infractions qui peuvent entraîner une condamnation pénale; enfin, qu'il n'existe aucune disposition expresse de la loi qui étende la solidarité au cas d'un simple fait dommageable, ne pouvant donner lieu qu'à une action civile en dommages et intérêts, et non à une action publique, à fin de condamnation pénale. Nous croyons cependant que la solidarité résulte virtuellement, même dans ce cas, des dispositions du Code Napoléon.

Il est bien évident d'abord, que l'article 1202, en disant que la solidarité doit être expressément stipulée, indique suffisamment qu'il n'est applicable qu'à la solidarité conventionnelle, et non aux engagements qui, résultant de délits ou de quasi-délits, se forment sans convention.

D'un autre côté, si la solidarité a lieu de plein droit en matière d'infractions pénales, ce n'est pas tant à raison du caractère criminel du fait, qu'à raison de sa communauté et de son indivisibilité entre tous ses auteurs, coauteurs ou complices. Comme il est impossible de déterminer la part de chacun d'eux, soit dans la perpétration du fait, soit dans ses conséquences dommageables, chacun d'eux doit nécessairement, et par la force même des choses, être considéré comme étant individuellement la cause du dommage, et être réputé avoir seul commis le fait tout entier, indépendamment de la participation des autres. Il doit donc réparer personnellement tout le dommage; et de cette obligation même de réparer le dommage dans sa totalité, comme s'il en était seul auteur, il résulte qu'il en est tenu solidairement.

La solidarité résulte ainsi virtuellement des seules dispositions de l'article 1382. Si la loi n'a point expressément prononcé, comme l'article 55, C. p., le mot de solidarité, elle a du moins suffisamment défini la chose, en obligeant, pour le total, à la réparation du dommage causé, celui qui, par sa faute, en a été l'auteur.

Par exemple, si le dépôt a péri ou a été détérioré par le dol ou la faute de tous les dépositaires ensemble, il y a solidarité de la part de tous ceux qui y ont participé. Si un seul était coupable, il n'y aurait d'action que contre lui, à moins qu'il ne fût établi que les autres, en se constituant eux-mêmes dépositaires, en même temps ou successivement, se sont obligés comme cautions et garants les uns des autres. Dans ce cas seraient tenus, à ce titre seulement, ceux-là mêmes qui n'y auraient point participé (1).

Par application de ces principes, on doit décider que, si la chose déposée a péri ou été détériorée par le dol ou la faute de tous les héritiers du dépositaire ou de quelques-uns d'entre eux, le déposant a une action solidaire contre chacun des contrevenants (2).

La raison de cette solidarité devient, sans doute, plus sensible, si l'on suppose entre tous les auteurs du quasi-délit un concert de dol et de fraude. Mais le principe n'en est pas moins certain, même dans le cas d'une simple faute ou négligence commune, à laquelle tous ont participé. Car la communauté de ce fait, jointe à son indivisibilité, suffit pour fonder une condamnation solidaire (3).

Ainsi, les syndics d'une faillite sont solidairement respon-

(1) L. 1, § 43, *ff. Dep.* — POTHIER, *Dépôt*, n° 64.

(2) L. 22, *ff. Dep.* — POTHIER, *Dépôt*, n° 65, et *Oblig.*, n° 306.

(3) ZACHARIÆ, t. 2, pag. 262, n[te] 12, et t. 3, pag. 192. — RODIÈRE, n° 50. — Cass., 29 fév. 1836. SIREY, 36, 1, 293. — 8 nov. 1836. SIREY, 36, 1, 801. — 12 juill. 1837. SIREY, 37, 1, 964. — 29 janv. 1840. SIREY, 40, 1, 369. — 20 juill. 1852. SIREY, 52, 1, 689. — 29 déc. 1852. SIREY, 53, 1, 91. — *Contrà.* TOULLIER, t. 11, n° 151. — DURANTON, t. 11, n° 191. — MARCADÉ, art. 1202, n° 2.

sables des fautes, négligences ou fraudes qui leur sont communes (1).

Aux syndics, on doit assimiler tous autres gérants et administrateurs qui ont commis ensemble le même quasi-délit.

Que l'on ne dise point que c'est confondre la solidarité et l'indivisibilité. Il ne s'agit point, en effet, d'une obligation dont le payement soit indivisible; car la réparation du dommage causé, consistant dans une somme de dommages et intérêts, est une chose divisible de sa nature. Mais l'indivisibilité existe, non dans le remboursement de la réparation, mais dans la cause de l'engagement; non dans le payement des dommages et intérêts légitimement dus, mais dans le fait auquel tous ont participé par une fraude ou une faute commune. Or, c'est précisément ce fait, cause indivisible de l'obligation, dont la perpétration et les conséquences dommageables imposent à chacun de ses auteurs une responsabilité pour le tout; responsabilité qui sert de principe à la solidarité, en multipliant contre tous individuellement la réparation civile dont ils sont tenus chacun en vertu d'un engagement personnel.

La Cour de cassation a poussé fort loin l'application rigoureuse de ce principe. Elle a décidé (2) qu'il y avait lieu de condamner solidairement à la réparation du dommage causé à un propriétaire voisin, divers propriétaires d'établissements industriels, dont les vapeurs ou gaz, par leur réunion et agglomération, avaient produit ce préjudice, sans qu'il fût possible de déterminer la part pour laquelle chaque établissement y avait contribué.

Ce qu'il y a de remarquable dans cette décision, c'est qu'elle établit la solidarité contre diverses personnes qui cependant n'étaient point coauteurs ni complices du quasi-délit commis par chacune d'elles individuellement. Chaque propriétaire isolément n'avait, en effet, commis aucun quasi-délit; car il

(1) Cass., 18 janv. 1814. SIREY, 14, 1, 57. — 26 juill. 1836. SIREY, 37, 1, 994. — *Contrà*, DURANTON, T. 11, n° 207.

(2) 11 juill. 1826. SIREY, 27, 1, 236.

était impossible de dire que les vapeurs de son établissement particulier eussent suffi seules pour causer le dommage imputé. C'était, au contraire, l'agglomération des vapeurs émanées en même temps des diverses fabriques qui avaient été la cause du dommage. Mais, comme cette agglomération provenait du fait même des propriétaires des établissements industriels, il y avait, en définitive, un fait commun de la part de tous. Or, ce fait définitif étant la cause du dommage, et cette cause n'étant point susceptible de division entre eux, il en résultait, comme conséquence forcée, la nécessité de prononcer une condamnation solidaire. Comme le disait la Cour royale d'Aix, avec beaucoup de raison, il y avait un fait commun à tous et un fait particulier à chacun d'eux. Mais, par la manière indivisible dont le dommage s'était effectué, et par le résultat d'une faute particulière et commune, le fait de chacun des fabricants étant réputé le fait de chacun, la réparation était due par tous et par chacun, *et in totum et totaliter;* en un mot, la solidarité résultait de la nature et de la force des choses (1).

Nous ajouterons que l'article 1734 contient lui-même la consécration du principe de la solidarité en matière de quasi-délit. En effet, la responsabilité solidaire qu'il établit contre tous les locataires, en cas d'incendie, est fondée justement sur la présomption de faute établie par l'article 1733, tant qu'ils n'ont pas fourni les justifications que la loi exige. Or cette présomption de faute, en servant de principe à une responsabilité totale contre chacun d'eux, conduit nécessairement à une responsabilité solidaire. L'article 1734 est ainsi tout à la fois la révélation et la consécration des règles du droit commun en matière de responsabilité.

23. La partie à qui les dépens sont alloués contre ses adversaires n'a point d'action solidaire en remboursement de ses

(1) Voy. Cass., 3 mai 1827. Sirey, 27, 1, 435. — *Contrà*, Duranton, t. 11, nos 193 et 194.

frais. Il est, en effet, de principe, que les dépens sont personnels et divisibles, comme constituant la peine du plaideur téméraire (1).

Mais ce principe est limité par une exception. Lorsque les dépens ont été adjugés à titre de dommages et intérêts, pour une faute ou des torts communs, tous ceux qui y ont été condamnés en sont alors solidairement tenus (2).

Le principe de la division des dépens ne souffre même pas d'exception, dans le cas où la condamnation est prononcée au principal solidairement. Si le jugement ne les alloue à titre de dommages et intérêts, ils continuent à se diviser entre les parties condamnés (3). Du moment, en effet, qu'ils sont la peine personnelle du plaideur imprudent et téméraire, ils ne peuvent être réputés simples accessoires de droit de la créance, et venir en augmentation du principal. Autrement, l'obligation des codébiteurs solidaires serait aggravée par la faute de leur consort, c'est-à-dire par les mauvaises contestations qu'il lui plairait de susciter. Or nous verrons que le fait de l'un des codébiteurs ne peut nuire aux autres obligés, en ce sens qu'il ne peut rendre leur engagement plus onéreux et plus étendu. On ne saurait même, sans confondre les principes de la solidarité et du cautionnement, appliquer en ce cas les dispositions de l'article 2016 (4).

Quand nous parlons de frais, nous ne distinguons point entre les dépens d'instance, à fin de faire reconnaître et consacrer la dette, et ceux de poursuite à fin de la faire acquitter.

(1) MERLIN, Rép., v° *Dépens*, n° 7. — BONCENNE, T. 2, pag. 541. — CHAUVEAU, sur Carré, *Quest.* 553. — DURANTON, T. 11, n° 192. — Cass., 19 avril 1841. SIREY, 41, 1, 631. — 28 fév. 1848. SIREY, 48, 1, 311.

(2) BONCENNE, T. 2, pag. 545. — CHAUVEAU, sur Carré, *Quest.* 553. — Cass., 11 juin 1839. SIREY, 39, 1, 601. — 27 avril 1842. SIREY, 42, 1, 649. — 28 fév. 1848. SIREY, 48, 1, 311. — 5 fév. 1856. SIREY, 56, 1, 353.

(3) BONCENNE, T. 2, pag. 542. — DURANTON, T. 11, n° 192. — Cass., 19 avril 1841. SIREY, 41, 1, 631. — *Contrà*, CHAUVEAU, sur Carré, *Quest.* 553.

(4) *Contrà*, RODIÈRE, n° 93.

Nous terminerons par cette observation : c'est que si, en matière d'infractions pénales, les tribunaux doivent toujours condamner les parties solidairement aux dépens, il leur est, au contraire, facultatif de les y condamner en matière de simples quasi-délits, puisque la solidarité dépend du caractère de dommages et intérêts qu'ils peuvent leur imprimer ou leur refuser. Mais nous ajoutons qu'il sera le plus souvent conforme à l'équité de leur donner ce caractère, parce qu'ils seront la conséquence d'une contestation commune à tous les codébiteurs, et seront ainsi fondés sur une cause indivisible.

24. Le principe que la solidarité ne se présume pas est également applicable aux engagements qui résultent de la loi, sans qu'il intervienne aucune convention. Mais il peut y avoir obligation indivisible, si elle n'est pas solidaire d'après une disposition expresse de la loi.

Il en est de même en matière de quasi-contrats. Ainsi, les copropriétaires d'un immeuble commun ne sont point tenus solidairement des travaux faits sur la chose, pour réparations ou améliorations. Leur obligation est simplement conjointe, sans solidarité ni divisibilité. Car il ne s'agit que d'une somme d'argent dont le payement est essentiellement divisible (1).

Article 1203.

Le créancier d'une obligation contractée solidairement peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division.

Sommaire.

1. Le créancier peut s'adresser à celui qu'il veut choisir,
2. Si la dette est exigible contre tous.
3. Les parties peuvent déterminer entre elles l'ordre des poursuites.
4. Les autres débiteurs peuvent être appelés en garantie.
5. L'article 1203 suppose une obligation reconnue.

(1) Cass., 23 juin 1851. Sirey, 51, 1, 603. — Voy. cep. Orléans, 3 avril 1851. Sirey, 52, 2, 202.

COMMENTAIRE.

1. C'est le premier et principal effet de la solidarité, que le créancier d'une obligation solidaire puisse s'adresser à celui des codébiteurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division (1203). La solidarité faisant que chacun doit être considéré, vis-à-vis du créancier, comme seul et unique débiteur, chacun peut être, en effet, poursuivi seul pour la totalité.

Ce bénéfice de division dont la loi parle ici pour la première fois, et auquel la solidarité, par sa propre vertu, emporte renonciation de la part des débiteurs solidaires, consiste dans la faculté qu'ont les diverses cautions d'une même personne et pour la même dette, d'exiger que le créancier divise préalablement son action, et la réduise à la part et portion de chacune d'elles, sauf contribution de leur part dans les insolvabilités actuelles (2026). C'est cette division de la dette en autant de parts viriles qu'il y a de personnes obligées, que les débiteurs solidaires ne peuvent exiger de la part du créancier. Chacun d'eux, réputé débiteur du tout et poursuivi pour le tout, doit répondre pour le tout, sans division.

2. Il est évident que le créancier ne peut exercer pleinement la faculté que la loi lui donne de s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, que dans le cas où la dette est également exigible à l'égard de tous. Car, ainsi que nous l'avons vu sous l'article 1201, il y a autant de liens particuliers qu'il y a de personnes obligées, nonobstant la solidarité de leur engagement.

3. Il est évident encore que les parties peuvent, en contractant, modifier en ce point, comme elles l'entendent, les principes rigoureux de la solidarité, et déterminer entre elles le mode et l'ordre des poursuites à intenter contre chacun des codébiteurs.

4. Ce droit du créancier de s'adresser à celui des débiteurs

qu'il veut choisir, ne va pas jusqu'à priver le débiteur poursuivi du droit d'appeler les autres à sa garantie, afin de faire rendre contradictoirement avec eux un jugement commun, et, en cas de condamnation, d'exercer lui-même contre eux son recours pour leurs parts contributives dans la dette. Puisque le débiteur d'une chose indivisible a ce droit, le débiteur solidaire doit également l'avoir (1).

Les autres codébiteurs non poursuivis peuvent, de leur côté, intervenir dans la poursuite pour la défense et la conservation de leurs intérêts personnels ou de leurs intérêts communs (2).

5. On comprend que les dispositions de l'article 1203 ne peuvent s'appliquer qu'au cas où il s'agit d'une solidarité stipulée par convention, imposée par la loi ou reconnue par jugement en matière de délits ou de quasi-délits. Il faut en effet, avant tout, qu'il existe une obligation à laquelle cette solidarité puisse s'appliquer. Or, en matière de délits ou de quasi-délits, l'obligation n'existe que par le jugement qui condamne les auteurs de l'infraction criminelle ou du fait dommageable. Ce ne sera donc qu'après que cette condamnation solidaire sera intervenue, que la partie lésée sera réellement reconnue et constituée créancière, et qu'elle pourra s'adresser, à son choix, à celle des parties condamnées solidairement qu'elle voudra choisir, afin d'obtenir le payement intégral des dommages et intérêts ou restitutions allouées : ce qui ne veut pas dire, néanmoins, que celui qui a été victime d'un délit ou d'un quasi-délit, ne puisse poursuivre séparément et même successivement chacun des auteurs du fait dommageable pour obtenir la réparation qui lui est due (3).

(1) DURANTON, T. 11, n° 215. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 267, n^te 25. — RODIÈRE, n° 132.

(2) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 267, n^te 25.

(3) Voy. 1202, n° 20.

Article 1204.

Les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres.

Sommaire.

1. Le créancier peut poursuivre un seul débiteur à son choix,
2. Ou tous devant le même tribunal, ou un tribunal différent,
3. Ou quelques-uns seulement, par instances communes ou séparées.
4. Mais il ne peut exiger la division de la dette.
5. Du cas où les codébiteurs sont insolvables. Droits du créancier.
6. Mode de recours, dans ce cas, des codébiteurs entre eux.
7. Suite.

COMMENTAIRE.

1. Les poursuites dont parlent les articles 1203 et 1204 comprennent et les poursuites en exécution à fin de payement, et les poursuites en justice à fin de condamnation. Soit qu'il s'agisse des unes ou des autres, le créancier, ainsi que nous l'avons vu, peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir. Mais, au lieu de borner son action à la poursuite d'un seul, il peut la diriger simultanément contre tous, afin d'obtenir un jugement commun à tous. La solidarité suppose, en effet, une seule dette, pour la prestation de laquelle tous les coobligés solidaires sont considérés, par rapport au créancier, comme ne constituant, par leur réunion, qu'un seul et même débiteur; et, en même temps, chacun d'eux est réputé débiteur unique de la totalité.

2. Quand le créancier poursuit ainsi tous les débiteurs ensemble, il peut les assigner tous devant le même tribunal; et le tribunal compétent sera l'un de ceux qui, au choix du créancier, pourraient être saisis de son action contre l'un des débiteurs, si un seul était poursuivi.

Si le créancier assignait séparément chacun des codébiteurs devant un tribunal différent, ils pourraient, pour raison de connexité, demander leur renvoi devant le tribunal saisi le

premier de la demande. Il peut leur importer en effet, dans l'intérêt de leur défense, que les causes de chacun soient réunies devant le même tribunal, pour y être décidées par un jugement commun.

Il y aurait, par les mêmes raisons, lieu à la jonction des instances, si elles étaient séparément portées devant le même tribunal.

3. Le créancier peut enfin, sans se borner à en poursuivre un seul, sans aller non plus jusqu'à les poursuivre tous, former seulement sa demande contre quelques-uns d'entre eux, soit simultanément ou par instances séparées devant le même tribunal, soit successivement devant des tribunaux différents.

Telles sont les conséquences de la solidarité, expressément consacrées par les dispositions de l'article 1204, suivant lesquelles les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres.

Quant aux poursuites en exécution à fin de payement, elles sont régies exactement par les mêmes principes. Le créancier peut s'adresser à un seul ou à tous simultanément, ou seulement à quelques-uns des codébiteurs solidaires, jusqu'à ce qu'il ait reçu satisfaction (1).

4. Nous devons ici faire remarquer que le créancier, en poursuivant tous les débiteurs ou seulement quelques-uns d'entre eux, ne peut exiger la division de la dette à leur égard. Du moins, la division qu'il prétendrait en faire malgré eux ne saurait préjudicier au droit que chacun d'eux a de payer la totalité de la dette, et de libérer les autres par ce payement intégral, avec subrogation de plein droit. Le droit de payer sans division résulte, pour chaque débiteur, de ce que la solidarité même l'oblige à payer ainsi (2).

(1) L. 28, C. *De fidejuss.*

(2) Zachariæ, t. 2, pag. 267. — Bordeaux, 14 avril 1825. Sirey, 26, 2, 171. — Cass., 15 mars 1827. Sirey, 27, 1, 378.

5. Si, parmi les débiteurs solidaires, il y en a d'insolvables, le créancier s'adressera ou se retournera naturellement du côté de celui ou de ceux dont la solvabilité offre plus de garanties.

Mais, si tous sont insolvables, comment devra-t-il, dans ce cas, exercer ses droits? Le Code de commerce, articles 542 et suivants, a prévu le cas en matière de faillite. Le créancier porteur d'engagements solidaires participe aux distributions dans toutes les masses, et y figure pour la valeur nominale de son titre jusqu'à parfait payement. Mais s'il a reçu, avant la faillite, un à-compte sur sa créance, il n'est compris dans la masse que sous la déduction de cet à-compte, et conserve, pour ce qui lui reste dû, ses droits contre le coobligé.

Ces sages dispositions, expression du droit commun, doivent être appliquées en matière civile. Elles ne sont, en effet, que la conséquence de ce principe, que chaque coobligé solidaire est tenu de la totalité. Si le créancier ne figurait pas dans chaque distribution par contribution pour la valeur nominale de son titre, et si sa créance était diminuée successivement du montant de chaque dividende alloué, il en résulterait que le créancier perdrait, dans tous les cas, une partie de sa créance, puisque, dans la dernière distribution, si avantageuse qu'elle fût, il n'arriverait jamais à un payement intégral, et serait ainsi privé des garanties que lui donne la solidarité. Car, si chaque débiteur est réputé seul et unique débiteur du total, ce n'est évidemment que pour mieux assurer l'intégralité de son payement, au moyen de cette responsabilité réciproque et mutuelle des insolvabilités de la part des codébiteurs entre eux.

Supposons donc trois coobligés solidaires dont les biens sont en distribution par voie de contribution. La créance est de quatre mille francs. L'un donne trente pour cent, soit douze cents francs; l'autre, vingt pour cent, soit huit cents francs, et, le dernier, quarante pour cent, ou seize cents francs; total, trois mille six cents francs. Au contraire, si l'on procédait par voie d'imputations successives des sommes allouées

dans les contributions, on aurait, sur le premier débiteur, trente pour cent, ou douze cents francs pour quatre mille francs; sur le second, vingt pour cent, ou cinq cent soixante francs pour deux mille huit cents francs, et, sur le dernier, quarante pour cent, ou huit cent quatre-vingt-seize francs pour deux mille deux cent quarante francs; total, deux mille six cent cinquante-six francs. On aura même beau intervertir l'ordre des contributions, la part de chaque débiteur pourra être différente; mais le total reçu par le créancier sera le même.

Il nous semble encore qu'il est indifférent que toutes les distributions par contribution, comme les faillites, se soient ouvertes en même temps ou successivement, en des temps divers et les unes après la clôture des autres. Il suffit que le créancier ait reçu un ou plusieurs à-comptes dans les distributions ou faillites antérieures, pour qu'il doive être admis à figurer dans les distributions ou faillites subséquentes pour toute la valeur nominale de son titre, sans déduction des à-comptes reçus précédemment. Autrement, on retomberait dans les inconvénients d'un payement imparfait, ainsi que nous venons de le signaler. L'à-compte reçu ne saurait, en effet, valoir que comme dividende alloué dans une distribution; or la réception d'une somme quelconque, à ce titre, n'empêche point le créancier de figurer dans les autres distributions ou masses pour la valeur intégrale de son titre. Il peut toujours se présenter dans les distributions ultérieures pour cette valeur intégrale, puisque son droit est attaché, non pas à la simultanéité de ses demandes en collocation, mais à la qualité même de dividende en laquelle il a reçu un premier à-compte.

Du reste, la grande raison de tout ceci, c'est que les coobligés sont tous ensemble considérés, à l'égard du créancier, comme ne faisant qu'un seul et unique débiteur; d'où la conséquence que, jusqu'à parfait payement, le patrimoine de chacun et de tous est le gage de leur créancier.

Quoi qu'il en soit, si le créancier avait reçu un à-compte

dans une collocation hypothécaire, il devrait n'être compris dans les distributions, soit simultanées, soit postérieures, que sous la déduction de cet à-compte. Mais, pour le surplus non venu en rang utile, il faudrait lui appliquer, en sa qualité de créancier chirographaire, les règles que nous avons posées.

6. Ce n'est sans doute point le moment de nous occuper du recours que le débiteur qui a payé a à exercer contre ses consorts. Qu'il nous soit permis cependant d'épuiser, même en ce qui concerne l'exercice de ce recours, le cas où les coobligés sont insolvables. L'ordre particulier de notre commentaire sur ce point y gagnera ce que peut d'ailleurs y perdre l'ordre général.

Le coobligé qui a payé un à-compte au créancier, étant légalement subrogé à ses droits, pour tout ce qu'il a payé en l'acquit de ses consorts, sera compris dans la masse de la faillite ou de la distribution au lieu et place du créancier. Il ne saurait y avoir de difficulté sur ce point.

Mais il s'agit du recours à exercer de la part des coobligés solidaires entre eux, à raison des sommes pour lesquelles le créancier a été colloqué dans les masses de leurs faillites ou déconfitures. Dans quels cas et comment s'exercera alors ce recours? Nous devons examiner plusieurs hypothèses.

Aucun recours, dit l'article 543, C. comm., pour raison des dividendes payés, n'est ouvert aux faillites des coobligés les unes contre les autres. La raison en est simple; c'est que, si les faillites exerçaient ce recours, la même créance figurerait deux fois dans la distribution, du moins en partie, une première fois au compte du créancier, une seconde fois au nom de quelques-uns des codébiteurs.

Il convient d'appliquer, par identité de raisons, cette règle aux matières civiles. Pas de recours à exercer de la part d'une distribution contre l'autre, à raison des dividendes payés.

Mais il peut arriver que la somme de toutes les distributions soit, en définitive, supérieure à la créance. L'article 543, C. comm., prévoit ce cas. Lorsque la réunion des dividendes

que donnent les faillites excède le montant total de la créance, en principal et accessoires, cet excédant sera dévolu, suivant l'ordre des engagements, à ceux des coobligés qui auraient les autres pour garants. Ainsi, le créancier solidaire d'une somme de six mille francs, à raison d'un billet à ordre ou d'une lettre de change tirée par Primus, acceptée par Secundus, endossée par Tertius, se présente dans les masses de leurs trois faillites qui, réunies, donnent cent cinquante pour cent, soit neuf mille francs. L'excédant de trois mille francs ne revient pas concurremment à Primus, à Secundus et à Tertius ; mais exclusivement à ce dernier, parce que, suivant l'ordre des engagements, il a, comme endosseur, les autres pour garants, pourvu, toutefois, que le dividende de sa masse soit au moins égal à cet excédant. Il est alors subrogé aux droits du créancier pour le répéter contre ses garants. Si, au contraire, il avait payé moins, l'excédant lui serait dévolu, jusqu'à due concurrence seulement ; et le surplus serait de même dévolu à ceux des coobligés qui auraient les autres pour garants, toujours dans l'ordre de leurs engagements.

Prenons un autre cas ; celui où les coobligés solidaires sont, dans leurs rapports particuliers entre eux, débiteurs principaux pour une partie de la dette, et cautions pour le surplus, en des quotités égales ou différentes. Il y aura encore, dans cette hypothèse, dévolution de l'excédant, suivant le principe posé par l'article 543, C. comm.

Soit que les dividendes soient égaux ou inégaux dans toutes les distributions, lorsque leur réunion excède le montant total de la créance, la dévolution de cet excédant doit toujours s'opérer en faveur de ceux des coobligés qui ont les autres pour garants ou cautions, dans la proportion des sommes qu'ils ont effectivement payées, et pour lesquelles ils sont subrogés aux droits du créancier, pourvu que chacun ait acquitté au moins sa part contributive. Ainsi, supposons une dette solidaire de six mille francs, Primus y prend un intérêt de quinze cents francs, Secundus de trois mille cinq cents francs, et Tertius de mille francs. Les distributions donnent sur Primus

trois mille francs, sur Secundus quatre mille francs, et sur Tertius deux mille francs; total, neuf mille francs. Il y a un excédant de trois mille francs, dont il faut régler la dévolution. Primus ayant payé quinze cents francs comme caution et avec subrogation, Secundus ayant payé de même cinq cents francs, et Tertius mille francs, ils prennent dans cet excédant de trois mille francs, Primus quinze cents francs, Secundus cinq cents francs, et Tertius mille francs, c'est-à-dire chacun ce qu'il a payé au-delà de sa part.

Supposons toujours cette dette de six mille francs. Les distributions donnent sur Primus douze cents francs, sur Secundus trois mille six cents francs, et sur Tertius deux mille quatre cents francs. Il y a ainsi un excédant de douze cents francs, Primus n'ayant pas même payé sa part dans la dette, n'a aucun droit à cet excédant. Secundus a payé de plus que sa part cent francs, et Tertius quatorze cents francs. La dévolution se fera entre eux dans cette proportion, dont nous devons d'abord indiquer le principe, avant d'en poser les bases. Lorsque l'un des codébiteurs est insolvable, la perte résultant de son insolvabilité doit se répartir par contribution entre les autres (1214). Or, dans notre hypothèse, il s'en faut de trois cents francs que Primus ait acquitté sa part contributive dans la dette; cette somme doit, en conséquence, être répartie entre les deux autres, au prorata de leur intérêt dans l'obligation, c'est-à-dire que Secundus doit y contribuer pour deux cent trente-trois francs trente-trois centimes, à raison de son intérêt de trois mille cinq cents francs, et Tertius pour soixante-six francs soixante six centimes seulement, à raison de son intérêt de mille francs. Or, comme Secundus, en donnant trois mille six cents francs, n'a pas acquitté lui-même sa part dans la dette et sa part dans l'insolvabilité de Primus, il n'aura rien à recevoir de l'excédant de douze cents francs, qui sera tout entier dévolu à Tertius. Il arrive même que ce dernier a payé plus que sa portion contributive.

Lors donc que les distributions faites sur les codébiteurs donneront par leur réunion un excédant, et que, parmi les

codébiteurs, il y en aura un ou plusieurs qui n'auront même pas acquitté leur contingente portion dans la dette, cet excédant sera dévolu aux autres coobligés. Mais cette dévolution se fera exclusivement au profit de ceux qui auront payé plus que leur portion dans la dette et dans les insolvabilités, de manière que l'égalité proportionnelle soit rétablie entre eux.

Ainsi, dans notre hypothèse, si Secundus avait payé trois mille huit cents francs, et Tertius deux mille deux cents francs, l'excédant de douze cents francs serait dévolu à Secundus pour soixante-six francs soixante-six centimes, et à Tertius pour onze cent trente-trois francs trente-trois centimes; car ce sont les sommes pour lesquelles chacun d'eux a contribué en trop, soit au payement de la dette, soit à la perte résultant de l'insolvabilité de Primus. Tels sont, en résumé, les payements faits par chacun d'eux : Primus douze cents francs, Secundus trois mille sept cent trente-trois francs trente-trois centimes, et Tertius mille soixante-six francs soixante-six centimes.

7. Si les coobligés sur lesquels s'opèrent les distributions n'ont point de recours à exercer les uns contre les autres, à raison des dividendes par eux payés, et s'ils ne peuvent que se répartir l'excédant des dividendes réunis, le créancier étant une fois payé, ces règles ne sont évidemment applicables que dans les rapports des débiteurs avec leurs autres créanciers, venant contributoirement dans la distribution du gage commun. Chacun des débiteurs qui a payé plus que sa part virile, et qui, à ce titre, a un recours à exercer contre les autres, conserve son action en indemnité contre eux, sauf à lui à la faire valoir ainsi que de droit.

Dans notre dernière hypothèse, par exemple, Secundus et Tertius auront encore à répéter contre Primus, après dévolution et partage de l'excédant entre eux, Secundus deux cent trente-trois francs trente-trois centimes, et Tertius soixante-six francs soixante-six centimes, qu'ils se trouvent avoir payés en sus de leurs parts dans la dette solidaire, sauf toutefois le cas de concordat en matière de faillite. Mais Primus, nonobs-

tant le concordat, ne pourrait obtenir sa réhabilitation qu'à la charge de payer ces trois cents francs, perte de son insolvabilité.

ARTICLE 1205.

Si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont point déchargés de l'oblition de payer le prix de la chose; mais ceux-ci ne sont point tenus des dommages et intérêts. — Le créancier peut seulement répéter les dommages et intérêts, tant contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri, que contre ceux qui étaient en demeure.

Sommaire.

1. En quel sens la faute ou la mise en demeure de l'un nuit aux autres.
2. Différence en matière de dette conjointe,
3. Ou divisée.
4. La faute ou la mise en demeure de l'un perpétue contre tous l'obligation quant au principal.
5. Effets de la clause pénale dans ce cas.
6. Recours des autres contre le contrevenant.

COMMENTAIRE.

1. De la nature même de la solidarité, il semblerait résulter que chacun des codébiteurs solidaires est responsable personnellement, et même pour la totalité, des conséquences de la mise en demeure, de la faute ou de la négligence de ses consorts. Tels ne sont point cependant les effets de la solidarité. Le mandat réciproque et mutuel sur la pensée duquel elle est fondée, ne va pas jusqu'à établir entre eux ces rapports étroits d'une responsabilité aussi rigoureuse. Le caractère personnel et également principal du lien juridique qui oblige chaque codébiteur s'y oppose lui-même. Les conséquences de la mise en demeure, de la faute ou de la négligence de l'un d'eux, sont donc toutes personnelles à ce dernier, du moins en ce qui

concerne les obligations accessoires de dommages et intérêts qui en résultent directement contre lui (1).

A cet égard, il y a une différence notable entre l'obligation solidaire et le cautionnement. Car la caution répond de tous les cas d'inexécution de l'engagement, et doit satisfaire à toutes les obligations nouvelles et accessoires qui se rattachent et se lient à l'engagement principal (2016).

Cependant, comme par l'effet de la solidarité tous les codébiteurs sont considérés, dans leurs rapports avec le créancier, comme ne constituant dans leur ensemble qu'un seul et même débiteur d'une seule et même obligation, la mise en demeure de l'un d'eux, sa faute ou sa négligence personnelle a pour résultat de conserver et de perpétuer l'obligation contre tous les autres. Elle vaut *ad perpetuandam obligationem*.

Mais elle la perpétue, sans l'augmenter contre ceux qui ne sont ni en demeure ni en faute. Elle n'a pas effet *ad augendam obligationem*. Et c'est en ce sens seulement que la mise en demeure ou la faute de l'un nuit aux autres, en maintenant l'obligation quant au principal. Mais elle ne leur nuit pas, en ce sens qu'elle n'aggrave point leur obligation, en faisant payer les innocents pour les coupables (2), tandis, au contraire, que dans le cas d'un cautionnement indéfini, la caution est responsable de la faute, de la mise en demeure et du dol de l'obligé principal.

2. S'il n'y avait point solidarité, et que l'obligation eût pour objet une chose divisible, la faute de l'un des débiteurs ou sa mise en demeure serait sans influence sur l'obligation des autres. Ainsi, en cas de vente consentie par plusieurs conjointement, la perte de la chose vendue arrivée par la faute de l'un d'eux, libérerait les autres, comme ferait un cas fortuit ou le fait d'un tiers étranger. Ils pourraient, en conséquence, demander leurs portions dans le prix (3).

(1) L. 173, § 2, *ff. De reg. jur.*

(2) Pothier, *Oblig.*, n° 273. — Toullier, t. 6, n° 731. — Duranton, t. 11, n° 217. — Zachariæ, t. 2, pag. 270.

(3) Dumoulin, *Div. et indiv.*, p. 3, n° 126.—Pothier, *Oblig.*, n° 273.

3. De même encore, si la chose vient à périr par la faute, ou durant la demeure de l'un des héritiers d'un codébiteur solidaire, les autres cohéritiers sont libérés, comme si la chose eût péri par la faute d'un tiers; car la division de la dette fait qu'ils ne garantissent point réciproquement leurs faits, même en ce qui concerne le principal.

Quant aux autres codébiteurs, ils ne sont eux-mêmes tenus de la perte de la chose dans ce cas, que jusqu'à concurrence de la part dont il était tenu, comme héritier pour partie de leur coobligé. Ils ne répondent de sa faute que dans cette mesure. Pour le surplus, ils n'en répondent pas plus que du fait d'un tiers étranger. Car il n'y a de solidarité entre eux et l'héritier pour partie de l'un des débiteurs, que dans la mesure suivant laquelle il a succédé (1).

4. Telles sont les conséquences des principes de la divisibilité combinés avec les dispositions de l'article 1205. Si la chose due a péri par la faute, ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose. L'obligation est ainsi maintenue, quant au principal, et perpétuée à l'égard des autres codébiteurs.

Mais ceux-ci, ajoute l'article, ne sont point tenus des dommages et intérêts. Le créancier peut seulement répéter les dommages et intérêts, tant contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri, que contre ceux qui étaient en demeure.

Il est sans doute inutile d'observer que, lorsque la chose due a péri seulement durant la mise en demeure de l'un ou de plusieurs des débiteurs solidaires, tous peuvent établir, à moins qu'ils ne se soient chargés des cas fortuits, que la chose fût également périe chez le créancier, si elle lui eût été livrée (1302).

5. Cependant, lorsque la convention porte qu'en cas d'inexé-

(1) DURANTON, t. 11, n° 218.

cution de l'engagement solidaire, il sera payé une certaine somme à titre de dommages et intérêts (1152), nous pensons que, dans ce cas, tous les débiteurs solidaires sont tenus solidairement de payer la somme promise, alors même que la peine est encourue par la mise en demeure, la faute ou la négligence d'un seul. C'est qu'alors les dommages et intérêts sont dus bien moins à raison du fait du coobligé solidaire, qu'en vertu de la stipulation expresse qui en est la canse directe et immédiate, en ne faisant aucune distinction entre le cas d'un fait commun à tous, et celui d'un fait personnel seulement à l'un d'eux. Il suffit dès lors que la contravention existe comme condition réalisée de la clause pénale (1).

6. Mais les débiteurs non contrevenants auront un recours à exercer contre celui ou ceux qui, par leur fait, ont fait encourir la peine.

Dans le cas même où aucune clause pénale n'a été stipulée, et où l'obligation, par les seules règles du droit commun, est maintenue contre tous les codébiteurs solidaires, quant au principal, par le fait ou la faute de l'un d'eux, ceux qui sont personnellement à l'abri de tout reproche, ont également un recours à exercer contre les autres. Ainsi, plusieurs personnes vendent solidairement une chose qui vient à périr par la faute ou pendant la demeure de l'une d'elles; les autres vendeurs n'en doivent pas moins payer au créancier le prix principal, c'est-à-dire le lui rembourser s'ils l'ont reçu, ou ne pas l'exiger s'il est encore dû. Mais alors ils sont parfaitement fondés à le réclamer contre celui par la faute duquel la chose a péri. En effet, sans sa faute, leur obligation eût reçu une exécution complète, et ils auraient exercé les droits qui en résultaient en leur faveur. Un préjudice leur a été causé, dont réparation leur est due. Aussi, pourront-ils réclamer des dommages et intérêts, suivant les circonstances.

(1) Dumoulin, *Div. et indiv.*, p. 3, n° 127.—Pothier, *Oblig.*, n° 273. — Duranton, t. 11, n° 219. — Zachariæ, t. 2, pag. 270.

ARTICLE 1206.

Les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous.

Sommaire.

1. Raison de cette disposition.
2. Article 2249.
3. L'interruption de la prescription s'étend de même entre débiteur et caution.
4. Différence entre la suspension et l'interruption de prescription.
5. Effets de la suspension à l'égard de l'un des débiteurs.

COMMENTAIRE.

1. C'est encore une conséquence des effets de la solidarité, que les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous. Comme il n'y a, en effet, qu'une seule dette à la prestation de laquelle tous et chacun sont totalement obligés, ils se représentent mutuellement, en ce qui concerne les actes relatifs à la conservation de la créance (1).

2. Les dispositions de l'article 1206 sont complétées par celles de l'article 2249, ainsi conçu : L'interpellation régulièrement faite à l'un des débiteurs solidaires, ou sa reconnaissance, interrompt la prescription contre tous les autres, même contre leurs héritiers.

L'interpellation faite à l'un des héritiers d'un débiteur solidaire, ou la reconnaissance de cet héritier, n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres cohéritiers, quand même la créance serait hypothécaire, si l'obligation n'est indivisible.

Cette interpellation ou cette reconnaissance n'interrompt la prescription, à l'égard des autres codébiteurs, que pour la portion dont cet héritier est tenu.

Pour interrompre la prescription pour le tout, à l'égard des

(1) L. *ult.*, C. *De duob. reis.*

autres codébiteurs, il faut l'interpellation faite à tous les héritiers du débiteur décédé, ou la reconnaissance de tous ces héritiers.

3. Remarquons à cet endroit que, si l'interruption de la prescription s'étend, entre codébiteurs solidaires, de personne à personne, il n'en est pas autrement entre débiteur principal et caution. Ainsi, l'interpellation faite au débiteur principal, ou sa reconnaissance, interrompt la prescription contre la caution (2250); et, par réciprocité, l'interpellation adressée à la caution ou sa reconnaissance, produit interruption contre le débiteur principal (1). La dette est une, en effet; et comme le débiteur principal et la caution sont, par rapport à cette dette, unis par l'origine commune et identique de leurs obligations respectives, il en résulte qu'ils sont, l'un à l'égard de l'autre, parties capables pour reconnaître et recevoir les interpellations du créancier. Mais il est évident que cette reconnaissance de la caution, ne peut produire d'effet que dans le cas où le débiteur principal n'était pas déjà lui-même libéré par la prescription acquise. Car il s'agirait alors d'une renonciation qui ne peut avoir lieu au préjudice des parties intéressées.

Nous serions, au premier abord, tenté d'ajouter une autre condition, qui semble résulter du principe même sur lequel est fondée l'extension de l'interruption de la personne de la caution à la personne du débiteur; c'est que le cautionnement doit avoir été donné, soit sur l'ordre du débiteur, ou avec son adhésion ou son acceptation expresse ou tacite. S'il avait eu lieu à son insu, l'extension de l'interruption paraît, en effet, manquer de base, puisque aucun lien de mandat exprès ou tacite ne rattache alors la caution au débiteur. Et c'est ainsi que nous essayerions de concilier sur ce point les opinions contraires.

(1) Troplong, *Prescript.*, n° 635. — Caution, n°s 464 et suiv. — Merlin, Rép., v° *Interruption*. — *Contrà*, Duranton, t. 21, n° 283. — Toullier, t. 6, n° 723.

Cependant, nous pensons qu'il est indifférent que le cautionnement ait été donné sur l'ordre, au su du débiteur principal, ou à son insu et sans son adhésion. Sans doute, quand la caution s'est engagée en cette qualité, sur l'ordre ou avec l'adhésion expresse ou tacite de l'obligé principal, il y a un mandat dont les liens unissent les deux parties entre elles, de telle sorte qu'elles se représentent l'une l'autre. Mais ce n'est pas seulement et exclusivement par cette considération de l'existence d'un mandat formel ou tacite, que nous étendons l'interruption de la prescription de la caution au débiteur principal, soit qu'elle résulte d'une interpellation ou d'une reconnaissance. La raison dominante se tire de l'unité de la dette, de la communauté de son origine, et de la qualité qu'y puisent les coobligés pour se représenter mutuellement. On ne saurait d'ailleurs prétendre, dans ce cas, que le créancier qui a interpellé la caution ou obtenu d'elle une reconnaissance s'est montré négligent et inactif.

Supposez enfin que la reconnaissance émanée de la caution résulte tacitement d'un payement fait par elle, avant la prescription accomplie; elle sera légalement subrogée aux droits du créancier par le fait seul du payement. Comment, dès lors, pourrait-on prétendre que, nonobstant cet acte de reconnaissance de la part de la caution, la prescription s'est accomplie, sans interruption, à l'égard du débiteur, et que la dette est éteinte par l'effet de cette prescription, quand, au contraire, la caution a, à ce titre, un recours à exercer contre lui? Or, si la dette n'est pas éteinte par rapport à la caution, elle ne l'est pas non plus par rapport au créancier qui a fait un acte interruptif, à l'égard de celle-ci seulement.

4. Il ne faut pas assimiler les effets de la suspension de la prescription à ceux de l'interruption. Lorsque la prescription est suspendue à l'égard de l'un des débiteurs solidaires, soit parce que le créancier est dans l'impossibilité d'agir vis-à-vis de lui, soit parce que son engagement est à terme ou sous condition, cette circonstance n'empêche pas la prescription

de courir au profit des autres (1), pourvu qu'il ne s'agisse point d'une obligation indivisible.

En cas d'interruption, il y a en effet, soit exercice de son droit de la part du créancier, soit reconnaissance positive de la part du codébiteur solidaire; ce qui suffit pour sauvegarder envers tous la créance, puisqu'elle est une contre tous ensemble et contre chacun d'eux. Au contraire, en cas de suspension de la prescription, il y a inaction de la part du créancier, et son droit périt conséquemment à l'égard des codébiteurs qu'il n'a pas poursuivis, quoiqu'il pût et dût les poursuivre. Bien qu'alors l'obligation solidaire soit également principale et une pour tous, elle n'a pas laissé de produire autant d'actions qu'il y a de liens particuliers en résultant à l'égard des divers coobligés; et une prescription distincte, sauf le cas d'interruption conservatoire du droit, a atteint chacune des actions qui y correspondent.

5. Mais le débiteur contre lequel la prescription aura été suspendue, ne devra payer que sa part personnelle dans la dette, parce que le créancier a à s'imputer d'avoir laissé prescrire son droit à l'égard des autres. Il est dans la même position que s'il avait reçu d'eux leurs parts dans la dette, ou leur en avait fait la remise, puisque tel est le fondement de la prescription.

Article 1207.

La demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous.

Sommaire.

1. La disposition de cet article est une exception.
2. Une sommation fait quelquefois courir les intérêts.
3. La demande d'intérêts a la même extension que l'interruption de prescription.
4. Effets de la diversité du lien.
5. Convention d'intérêts. Solidarité. Cautionnement.

(1) Zachariæ, t. 2, pag. 268, n[te] 27. — Cass., 23 fév. 1832. Sirey, 32, 1, 537. — *Contrà*, Rodière, n° 102.

COMMENTAIRE.

1. Nous avons expliqué, sous l'article 1205, comment la mise en demeure ou la faute de l'un des débiteurs solidaires, tout en perpétuant l'obligation principale à l'égard des autres, ne pouvait cependant l'aggraver de dommages et intérêts accessoires.

Par exception à ce principe, la demande d'intérêts, formée contre l'un des débiteurs solidaires, fait courir les intérêts à l'égard de tous. Telles sont les dispositions formelles de l'article 1207, qui a introduit dans notre législation cette innovation importante. Le droit romain (1) et notre ancienne jurisprudence (2) s'étaient, en effet, montrés stricts observateurs des principes que nous avons rappelés, et qui se formulent ainsi (3) : *Si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet;* la mise en demeure de l'un des codébiteurs solidaires ne nuit pas à l'autre, en ce sens du moins, qu'elle ne saurait lui imposer les obligations nouvelles et accessoires qui en résultent.

L'exception posée par l'article 1207 ne peut même se fonder sur une assimilation des effets de l'interruption de la prescription avec ceux d'une demande d'intérêts. Car l'une ne fait que conserver l'obligation principale sans l'aggraver, tandis que l'autre l'augmente, l'aggrave de véritables dommages et intérêts. Les intérêts alloués *ex morâ*, pour cause de retard, ne le sont pas, en effet, à un autre titre.

Les seules raisons spécieuses que l'on puisse donner pour justifier cette innovation, sont que, par leur nature et leur précision, établie en quelque sorte à forfait, ces dommages et intérêts se classent à part; qu'à raison de la jouissance que les codébiteurs ont eue tous ensemble du capital, leur allocation présente une cause plus favorable; que ce serait enfin multi-

(1) L. 32, § 4, *ff. De usuris.*

(2) DUMOULIN, *Div. et indiv.*, p. 3, n° 126.—POTHIER, *Oblig.*, n° 273.

(3) L. 32, § 4, *ff. De usuris.*

plier, sans grande utilité, les frais et les inconvénients des procès, que d'exiger autant de demandes d'intérêts distinctes qu'il y a de débiteurs solidaires.

2. Dans le cas où une simple sommation suffit, par exception, pour faire courir les intérêts, il suffit sans doute que le créancier mette un seul des débiteurs en demeure, pour faire courir les intérêts contre tous. Il y a même raison de décider. Si l'article 1207 parle de demande, c'est dans un sens large, qui comprend tout acte ayant pour effet de faire courir les intérêts moratoires.

3. Il en est de l'extension de la demande d'intérêts comme de l'extension de l'interruption de prescription. La demande faite à l'un des héritiers d'un débiteur solidaire ne fera pas courir les intérêts à l'égard des autres cohéritiers. Cette demande ne les fera courir à l'égard des autres codébiteurs que pour la part dont cet héritier est tenu. Pour les faire courir pour le tout, à l'égard des autres codébiteurs, il faut une demande faite à tous les héritiers du débiteur décédé. Mais la demande adressée à l'un des codébiteurs solidaires les ferait courir contre tous les héritiers, mais seulement pour sa part contre chacun.

4. Les intérêts ne doivent, au surplus, courir qu'à l'égard de ceux des coobligés vis-à-vis desquels la dette est exigible. Si donc l'un d'eux n'était tenu qu'à terme ou sous condition, il ne serait comptable des intérêts moratoires, antérieurement demandés et alloués par la justice, qu'à partir de l'échéance du terme ou de l'accomplissement de la condition (1). Mais alors il est inutile, soit de former contre lui une nouvelle demande, ou de lui adresser une mise en demeure. Tels sont les effets de la diversité du lieu combinée avec la solidarité.

5. Des dispositions de l'article 1207, il résulte que les autres codébiteurs sont obligés par la convention portant stipulation

(1) Rodière, n° 92. — Marcadé, art. 1207.

d'intérêts, faite par leur consort avec le créancier, lorsque, d'ailleurs, ces intérêts peuvent faire le sujet d'une demande régulière contre tous. Une pareille convention n'a d'autre résultat que de prévenir ou de reconnaître les effets de la demande d'intérêts, sans dommages pour personne.

Nous avons vu aussi (1) que la demande d'intérêts formée contre le débiteur principal ou la caution, les faisait également courir contre la caution ou le débiteur principal. Par les mêmes raisons, la stipulation d'intérêts faite avec l'un les rend exigibles à l'égard de l'autre, alors du moins que le créancier n'obtient par elle pas plus qu'il n'aurait obtenu par une demande en justice. Il serait, en effet, contraire à tous les principes de droit et d'équité, qu'un débiteur ne pût volontairement reconnaître, avec une égale efficacité, des droits qu'une décision judiciaire ne ferait elle-même que déclarer.

Article 1208.

Le codébiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, et toutes celles qui lui sont personnelles, ainsi que celles qui sont communes à tous les codébiteurs. Il ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles à quelques-uns des autres codébiteurs.

Sommaire.

1. Raison de cet article.
2. Ce qu'on entend par exceptions communes.
3. De l'exception de compensation.
4. L'article 2037 est inapplicable aux codébiteurs solidaires.
5. Mais il s'applique à la caution solidaire.
6. Le jugement par défaut non périmé à l'égard de l'un est aussi non périmé à l'égard des autres.
7. Des exceptions personnelles au débiteur poursuivi.
8. Il ne peut opposer celles personnelles aux autres.
9. Sens de ces mots, exceptions personnelles, en matière de solidarité et de cautionnement.

(1) 1153, n°s 30 et 31.

10. Le débiteur solidaire ne peut opposer le vice qui infecte le consentement de son coobligé.
11. Du serment et de la transaction.
12. Les jugements rendus en faveur de l'obligé principal profitent à la caution.
13. Les jugements rendus contre celui-là nuisent aussi à la caution.
14. Elle ne peut, en général, y former tierce opposition.
15. Elle peut en appeler. Dans quels délais?
16. Le jugement rendu pour la caution profite au débiteur principal.
17. *Secùs* de ceux rendus contre elle.
18. Le jugement rendu pour l'un des codébiteurs profite aux autres.
19. Le jugement rendu contre l'un acquiert contre les autres la force de chose jugée.
20. A quelles conditions? Quand y a-t-il lieu à tierce opposition?
21. Du jugement qui repousse l'exception de prescription.
22. Chacun des débiteurs a individuellement le droit d'appeler,
23. Ou de faire opposition si le jugement est par défaut à son égard.
24. Observation générale.
25. La question de recours reste entière.

COMMENTAIRE.

1. Les dispositions de cet article ne sont que les conséquences rigoureuses de ce double principe que nous avons si souvent rappelé, et qui domine la matière de la solidarité; à savoir que, dans l'obligation solidaire, il y a, par rapport à tous les débiteurs, identité d'obligation et diversité de liens juridiques.

En effet, puisqu'il n'y a qu'une seule obligation, au payement de laquelle chacun est tenu pour le tout, ou tous ensemble comme ne constituant qu'un seul et unique débiteur, chaque coobligé poursuivi par le créancier peut opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, ainsi que celles qui sont communes à tous les codébiteurs. Et, en les opposant, il ne fait que se conformer au mandat qu'il est réputé avoir reçu.

2. Les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation sont évidemment, par leur origine même, communes à tous les coobligés. Telles sont celles qui résultent de ce que l'obligation est fondée sur une cause prohibée par la loi, ou con-

traire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. A vrai dire, elles se confondent avec celles que la loi nomme des exceptions communes à tous les codébiteurs. Ces dernières aussi sont inhérentes à la dette elle-même, et ne sont point attachées exclusivement à la personne de l'un d'eux. Telles sont celles qui résultent des différents modes d'extinction des obligations, comme le payement, la novation, la remise volontaire sans réserves, la perte de la chose due, l'effet de la condition résolutoire, la prescription.

Il s'ensuit, par exemple, quant à la prescription, que le souscripteur non commerçant d'un billet à ordre peut opposer la prescription de cinq ans, qui existe en faveur de son cobligé solidaire commerçant. Cette exception ayant pour effet d'éteindre la dette elle-même, et la dette ne pouvant être réputée éteinte à l'égard de l'un sans l'être également à l'égard de l'autre, on ne saurait prétendre que la prescription ne constitue qu'une exception purement personnelle, et qu'elle ne fonde point une exception commune, résultant de la nature même de l'engagement (1).

3. Quant à la compensation, comme le débiteur solidaire ne peut l'opposer de ce que le créancier doit à son codébiteur (1294), elle ne saurait constituer une exception commune. Nous verrons cependant qu'il peut, du moins, l'opposer jusqu'à concurrence de la part du codébiteur du chef duquel elle s'est opérée. Ainsi, dans cette mesure, on peut dire que la compensation produit une exception commune à tous les codébiteurs, comme la confusion, à laquelle elle se trouve conséquemment assimilée.

4. Plusieurs auteurs (2) ont pensé que, par application des

(1) Cass., 8 déc. 1852. SIREY, 52, 1, 795.

(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 275. — MERLIN, Quest., v° *Solidarité*, § 5. — TOULLIER, T. 7, n° 172. — DELVINCOURT, T. 2, pag. 717. — DURANTON, T. 18, n° 382.—ZACHARIÆ, T. 2, pag. 273, nte 40.—RODIÈRE, nos 154 et 155. — MOURLON, pag. 514. — Cass., 13 fév. 1816. SIREY, 16, 1, 327.

dispositions de l'article 2037, le débiteur solidaire était déchargé ainsi que la caution, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en sa faveur, contre l'autre coobligé. Ainsi, dans l'opinion de ces auteurs, il est déchargé pour tout ce qui excède sa part virile dans la dette, ou plutôt il ne peut être désormais poursuivi, que déduction faite de la part de celui contre lequel le créancier a laissé perdre ses droits, si l'on suppose plus de deux codébiteurs solidaires. Si cette application de l'article 2037, au cas d'un engagement solidaire était fondée, il en résulterait que l'impossibilité de la subrogation donnerait lieu à une exception commune, au moins à ceux des débiteurs qui n'avaient constitué aucune des sûretés péries.

Mais cette opinion nous paraît être radicalement erronée. En effet, la solidarité se distingue du cautionnement en ce point capital; c'est que chaque codébiteur est tenu pour le total, comme s'il était seul, principalement et indépendamment de ses consorts. Or, cette unité de débiteur est exclusive de toute pensée de subrogation. Il importe donc peu que celui qui a payé ait un recours contre les autres. Cette pluralité de débiteurs, en tant qu'il s'agit de les considérer comme caution les uns des autres, n'existe pas à l'égard du créancier. Si ce dernier a stipulé des garanties particulières, il ne l'a fait que pour lui, dans son intérêt exclusif, de telle sorte qu'il peut, à ses risques et périls, les perdre par négligence ou renonciation, sans que pour cela les autres coobligés soient fondés à lui opposer l'article 2037, sous prétexte que la subrogation ne peut plus avoir lieu par son fait en leur faveur (1).

Répondant aux considérations d'équité et à une assimilation inexacte, la Cour de cassation (2) ajoute d'autres raisons :

(1) TROPLONG, *Caut.*, n° 563. — GAUTHIER, *Subrogation*, n° 506.

(2) 5 déc. 1843. SIREY, 44, 1, 71.—Riom, 2 juin 1846. SIREY, 46, 2, 370. — Paris, 8 mars 1851. SIREY, 51, 2, 427. — Bourges, 8 juin 1851. SIREY, 51, 2, 681.—Cass., 13 janv. 1852. SIREY, 52, 1, 104.—16 mars 1852. SIREY, 52, 1, 636.

c'est que la solidarité, dit-elle, surtout quand elle est le résultat immédiat des dispositions de la loi, existe indépendamment des sûretés qui peuvent avoir été ajoutées à l'obligation, et précède souvent la stipulation de ces sûretés accidentelles. Mais il ne serait pas exact de dire qu'elle n'est contractée qu'en vue de ces sûretés, et dans la prévision des avantages qu'elles peuvent promettre à celui des débiteurs qui aurait à agir récursoirement contre ses codébiteurs.

Il n'en est pas de même, ajoute-t-elle, du cautionnement solidaire, qui, toujours, forme une obligation accessoire et subordonnée, dans laquelle la contemplation des sûretés promises peut être regardée comme la cause impulsive de l'engagement de la caution. Si, dans le premier cas, il convient au créancier de ne pas profiter de ses sûretés et de les laisser périr, la solidarité n'en existe pas moins, puisqu'elle ne peut disparaître que par l'effet de la renonciation directe et volontaire de ce créancier, tandis, au contraire, que le créancier qui porte par son fait atteinte à ces sûretés, se privant de la faculté d'y subroger la caution, autorise celle-ci à se soustraire aux suites d'un engagement qui n'avait été contracté que dans l'assurance de cette subrogation.

5. Nous venons d'énoncer qu'il y a cette différence entre la caution solidaire et le coobligé solidaire, que l'article 2037 est inapplicable à ce dernier, tandis qu'il s'applique indistinctement à la caution solidaire comme à la caution simple. On peut dire que ce point est définitivement consacré par les auteurs et par la jurisprudence (1).

Cependant, M. Troplong (2) prétend que la caution solidaire, par cela même qu'elle n'a pas le bénéfice de discussion,

(1) Duranton, t. 18, n° 382. — Ponsot, *Caut.*, n° 529. — Zachariæ, t. 3, pag. 166. — Rodière, n° 164. — Gauthier, n°s 500 et suiv. — Mourlon, pag. 486 et suiv. — Cass., 17 août 1836. Sirey, 36, 1, 632. — 29 mai 1838. Sirey, 38, 1, 550. — 14 juin 1841. Sirey, 41, 1, 465. — 20 mars 1843. Sirey, 43, 1, 455. — 9 janv. 1849. Sirey, 49, 1, 278.

(2) Troplong, *Caut.*, n°s 557 et suiv. — Limoges, 21 mai 1835. Sirey, 35, 2, 445. — Agen, 10 juill. 1837. Sirey, 39, 2, 291.

ne peut opposer au créancier que, par son fait, il a rendu sa subrogation impossible.

Il est vrai que, dans les principes de l'ancien droit romain, le créancier n'était pas tenu envers la caution de conserver ses actions contre le débiteur principal; qu'il était quitte en lui faisant cession de ses actions, dans l'état où elles étaient telles quelles au moment du payement (1).

Il est vrai encore que Justinien (2) modifia l'ancien droit, en introduisant en faveur de la caution *beneficium ordinis*, le bénéfice de discussion, et que le créancier fut tenu dès lors de conserver ses actions contre le débiteur principal, afin de ne pas rendre le bénéfice de discussion illusoire et la cession d'actions stérile (3). Et tels étaient les principes assurés de notre ancienne jurisprudence française.

Or, que le bénéfice de discussion et l'exception de cession d'actions appartiennent au même ordre d'idées, nous le reconnaissons sans peine. Mais il ne s'ensuit point qu'elle soit exclusivement le corollaire de ce bénéfice, de telle sorte que, là où il n'existe pas, par suite de la nature de l'engagement contracté, elle n'existe pas non plus nécessairement. Car, dans le cas où le débiteur engagé accessoirement ne peut invoquer le bénéfice de discussion, on ne laisse pas de comprendre qu'il ait seulement renoncé à ce bénéfice d'une manière tacite ou expresse, et qu'il ait néanmoins conservé l'exception de cession d'actions pour le cas où le créancier aurait, par son fait, rendu impossible toute subrogation en sa faveur. Pour établir le contraire, il faudrait prouver que l'exception *cedendarum actionum* est née du bénéfice de discussion, qu'elle en procède virtuellement et nécessairement, qu'elle en est la conséquence exclusive et inséparable. Mais ce point est loin d'être démontré.

(1) L. 17, *ff. De fidejuss.* — L. 2, C. *De fidejuss.*—L. 22, *ff. De pactis.* — Pothier, *Oblig.*, n° 380. — Troplong, *Caut.*, n°s 527 et suiv.

(2) *Novelle* 4, ch. 1.

(3) Pothier, *ibid.* — Troplong, *Caut.*, n°s 533 et suiv.

Sans doute, le bénéfice de discussion et l'exception de cession d'actions, avec l'extension qu'elle a reçue de la Novelle 4, sont nés simultanément d'une appréciation plus exacte et plus équitable de la nature des obligations résultant de tout acte de cautionnement. Ils sont nés l'un et l'autre et ensemble de cette pensée : la caution n'a contracté qu'un engagement accessoire, pour le compte d'un autre qui est l'obligé principal, et elle a un recours à exercer contre lui, en cas de payement. C'est ce recours qu'il faut prévenir par le bénéfice de discussion, et, dans tous les cas, assurer par l'exception de cession d'actions. Mais, pour avoir une origine commune dans la considération de ce recours, ces deux exceptions ne se distinguent pas moins l'une de l'autre, et la première n'absorbe pas la seconde. C'est, au contraire, l'erreur fondamentale de l'opinion opposée, de voir dans la naissance simultanée et les développements parallèles de ces deux exceptions, une sorte de confusion ou même d'identité qui, en faisant naître l'exception de cession d'actions du bénéfice de discussion, aurait pour résultat de subordonner l'une à l'autre. Qui ne comprend enfin que, si le bénéfice de discussion n'est efficace que par l'exception de cession d'actions, celle-ci, du moins, alors qu'il fait défaut, ne laisse pas de produire tous ses effets en faveur de la caution?

Rien n'est plus facile, au surplus, que d'en justifier le principe en droit. Ce n'est pas que l'article 1251, par cela seul qu'il établit la subrogation de plein droit, conduise directement à l'obligation de la part du créancier de conserver ses actions contre le principal obligé. Car, une subrogation telle quelle satisferait à ses prescriptions. Mais la nécessité de maintenir ses actions, pour les transmettre au fidéjusseur, résulte de la nature même des engagements contractés par ce dernier, d'une manière accessoire et sous la réserve sous-entendue d'un recours contre le principal débiteur. C'est ce recours dont le créancier est censé garantir l'efficacité par la promesse qu'il est réputé faire au fidéjusseur de veiller, quelque onéreuse que soit cette obligation, à la conservation de ses droits

et actions. Et l'exécution de cette promesse est indépendante du bénéfice de discussion, c'est-à-dire de l'ordre, du rang suivant lequel la caution peut être poursuivie (1).

L'équité ne veut pas, en effet, qu'un créancier envers lequel la caution, quelle qu'elle soit, simple ou solidaire, ne s'est engagée à le payer qu'à défaut du débiteur principal, rende, par son fait ou sa négligence, complètement illusoire, par suite de la perte de ses actions, le recours que la caution, en cas de payement, entendait exercer, ainsi que la subrogation tacitement promise et sur l'efficacité de laquelle elle avait dû compter en s'obligeant. Ces raisons d'équité ont autant de force dans le cas d'un cautionnement solidaire que dans celui d'un cautionnement simple. Car, si la caution, en s'obligeant solidairement, s'est soumise, sous certains rapports, aux effets de la solidarité, elle ne s'est pas pour cela engagée envers le créancier comme un débiteur parfaitement solidaire, puisqu'elle a pris et conservé expressément le titre de caution, et expliqué par ce titre même le caractère essentiel de son engagement. Dans cette conciliation des effets de la solidarité avec ceux du cautionnement, il convient donc de n'accorder à la solidarité que ce qu'elle a droit d'exiger, et de rendre à l'équité tout ce que la caution doit légitimement en attendre.

Aussi, l'article 2037 ne fait-il aucune distinction. M. Troplong appelle ceci une raison matérielle : qu'il nous suffise de répondre qu'il est encore plus vrai des textes précis que des arrêts, qu'ils sont les ancres des lois.

Du reste, il importe peu que les sûretés du créancier aient péri par un fait positif de sa part, comme une renonciation, ou par un fait négatif, comme une omission, une négligence (2).

6. La péremption acquise par le laps de six mois d'un juge-

(1) Gauthier, n°s 490 et suiv.

(2) Troplong, *Caut.*, n°s 564 et suiv. — Duranton, t. 12, n° 171, et 18, n° 382. — Delvincourt, t. 3, pag. 495. — Zachariæ, t. 3, pag. 165, n^te 3. — Cass., 29 mai 1838. Sirey, 38, 1, 550. — 14 juin 1841. Sirey, 41, 1, 465. — 20 mars 1843. Sirey, 43, 1, 455. — *Contrà*, Pothier, *Oblig.*, n° 520. — Toullier, t. 7, n° 172.

ment rendu par défaut contre plusieurs codébiteurs solidaires, produit une exception commune qui dérive du titre même de l'obligation. Chacun d'eux peut, en conséquence, l'opposer au créancier.

Mais, lorsque le créancier a couvert cette péremption à l'égard de l'un des codébiteurs solidaires, soit par des poursuites en exécution, soit par une exécution volontaire ou par un acquiescement de la part de ce dernier, elle est, par cela même, couverte à l'égard de tous. Elle constitue, en effet, une sorte de prescription du jugement par défaut, à laquelle il convient d'appliquer les dispositions de l'article 1206. Et cette conséquence n'est que l'un des effets du mandat réciproque que les coobligés solidaires sont censés s'être donné mutuellement pour tout ce qui concerne l'exécution de leur obligation ou des condamnations prononcées contre eux.

J'ajoute que la solidarité supposant l'unité de la dette et l'unité du débiteur, le titre qui l'établit ne peut subsister contre l'un sans subsister contre les autres.

La péremption étant en outre fondée sur la négligence du créancier, on ne peut la faire encourir contre celui qui a fait toutes les poursuites nécessaires, ou obtenu la satisfaction à laquelle il avait droit, à l'égard de celui des codébiteurs qu'il était maître de choisir.

Si l'on exigeait des poursuites simultanément contre tous, il y aurait les plus graves inconvénients dans l'application de la loi ainsi entendue, puisqu'elle tendrait à multiplier les contestations et à aggraver les frais de poursuites.

En vain oppose-t-on que la non péremption du jugement par défaut suppose la solidarité, c'est-à-dire précisément le point contesté, qu'ainsi on commet une véritable pétition de principe. Nous répondons que les droits de celui des débiteurs qui prétend ne pas être obligé solidairement demeurent saufs; qu'il peut, en conséquence, soit par voie d'opposition, soit par appel, se faire décharger de la condamnation solidaire. Mais la solidarité ayant été déclarée par jugement, il faut prendre cette décision telle qu'elle est, tant qu'elle n'a pas été rétractée

sur l'un des recours ouverts par la loi. C'est donc l'opinion contraire qui tombe dans un cercle vicieux, puisque, pour écarter les effets de la solidarité, elle commence par écarter la solidarité même (1).

Il s'ensuit que celui des débiteurs qui aura payé et empêché par là la péremption sera, de droit, subrogé au bénéfice du jugement.

Si le jugement était rendu en matière de délit ou de quasi-délit, l'exception personnelle de non solidarité, pour être conservée aux autres codébiteurs d'une manière plus sensible, n'aurait cependant pas pour effet de laisser courir la péremption à leur égard. Il n'en est pas autrement dans ce cas que dans celui d'une obligation solidaire préexistante et reconnue par jugement. Ils n'ont, pour se faire décharger, qu'à se pourvoir par opposition ou appel.

Mais il ne faut pas confondre l'hypothèse que nous venons d'examiner avec celle où un jugement est rendu contradictoirement avec l'un des codébiteurs solidaires, et par défaut contre l'autre. Sans doute la prescription de la dette est interrompue à l'égard de tous par la condamnation contradictoire prononcée à l'égard de l'un d'eux. Mais cette interruption de la prescription, qui s'applique à l'existence même de la dette, n'empêche pas que le jugement par défaut rendu à l'égard de l'un des codébiteurs, ne tombe, par rapport à lui, en péremption, s'il ne l'a exécuté ou tenu pour exécuté dans les six mois. Car cette péremption se réfère au jugement qui reconnaît et consacre la dette, indépendamment de toute interruption de prescription sur le fond du droit. Autrement, si le créancier

(1) Boncenne, t. 3, pag. 66. — Merlin, Quest., v[is] *Chose jugée*, § 18, n[os] 2 et 3, qui, d'abord, avait exprimé l'opinion contraire. Rép., v[o] *Péremption*, sect. 2, § 1, n° 12. — Chauveau, sur Carré, Quest. 645. — Favard, Rép., v[o] *Jugement*, sect. 1, § 3, n° 15. — Rodière, n° 116. — Cass., 7 déc. 1825. Sirey, 26, 1, 207. — 14 avril 1840. Sirey, 40, 1, 491. — 2 fév. 1841. Sirey, 41, 1, 417. — 4 fév. 1852. Sirey, 52, 1, 320. — *Contrà*, Troplong, *Prescript.*, n° 630. — Vazeille, *Prescript.*, t. 1, pag. 243.

était relevé de la déchéance encourue à l'égard de l'un des codébiteurs condamné par défaut, il faudrait aller jusqu'à dire que tout jugement rendu contradictoirement contre son consort, l'empêche d'y former personnellement opposition. L'inégalité même des positions qui leur sont faites par le jugement écarte enfin toute idée de mandat réciproque, sur lequel on puisse fonder le défaut de péremption (1).

7. Outre les exceptions communes, qui appartiennent à tous, le codébiteur solidaire peut opposer toutes celles qui lui sont personnelles (1208).

Ces exceptions personnelles sont celles qui, sans être, dans toute la rigueur du mot, exclusivement attachées à sa personne, lui compètent à l'exclusion des autres codébiteurs. Telles sont les exceptions qui résultent de l'inexistence ou du défaut de preuve de son engagement, en ce qui le concerne en particulier;

Soit de la manière spéciale dont il s'est engagé; par exemple, de la stipulation faite exclusivement en sa faveur d'un terme ou d'une condition;

Soit de son incapacité personnelle, en sa qualité de mineur, d'interdit, de femme mariée;

Soit des vices qui entachent son consentement, comme l'erreur, la violence, le dol;

Soit enfin de l'existence de certains modes d'extinction de son engagement, dont il est seul en droit de se prévaloir, tels que la compensation opérée de son chef personnel, pour tout ce qui excède la part jusqu'à concurrence de laquelle les autres codébiteurs nous semblent fondés à l'opposer même de son chef (2).

On peut voir qu'en résumé les exceptions personnelles du débiteur résultent du lien juridique particulier par lequel le créancier prétend le rattacher à l'obligation solidaire. Mais il

(1) Cass., 2 mars 1853. SIREY, 53, 1, 326. — Voy. *infrà*, n° 23.

(2) TOULLIER, t. 6, n° 737. — DURANTON, t. 11, n° 221.

ne faut point confondre ces exceptions purement personnelles, exclusivement propres à la personne du codébiteur, qui seul est admis à s'en prévaloir, sans que les autres en reçoivent le moindre avantage, avec certaines autres exceptions réellement communes à tous, en ce qu'elles profitent aux autres coobligés, du moins pour la part de celui qui seul peut les invoquer pour la totalité de son engagement. Les premières se rapportent à la qualité du débiteur, ou au lien juridique qui résulte de son engagement particulier, et les autres, aux divers modes d'extinction de son obligation personnelle, comme le payement, la novation, la remise, la compensation, opérés pour la part d'un seul codébiteur divisément. S'il est seul en droit de les invoquer pour sa libération personnelle et totale, ses consorts peuvent néanmoins s'en prévaloir dans le sens d'une réduction de leur engagement solidaire. Et, sous ce rapport, ces actes produisent des exceptions communes, mais sous ce rapport seulement.

8. Quant aux exceptions qui sont purement personnelles à quelques-uns des autres codébiteurs, il ne peut les opposer (1208). Et cette disposition n'est que la conséquence des principes que nous venons de développer.

9. Nous retrouvons ces expressions d'exceptions personnelles dans les articles 2012 et 2036, au titre du cautionnement. Mais il y a, quant à leur signification, dans ces articles et dans l'article 1208, des différences essentielles sur lesquelles nous devons insister.

Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable. On peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé, par exemple, dans le cas de minorité (2012). La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette; mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur (2036).

L'exception purement personnelle dont parlent ces articles, signifie toute exception qui ne résulte pas de l'obligation même, mais d'un privilége accordé à la personne du débiteur, *exceptio in personam*. Comme ce privilége est exclusivement personnel, la caution ne peut en profiter, et continue à être obligée.

Alors, au contraire, que l'exception est réelle, *exceptio in rem*, qu'elle tient à l'obligation même du débiteur principal, la caution peut l'opposer; telles sont les exceptions d'erreur, de dol ou de violence (1).

Le débiteur principal ne peut même, par des actes de renonciation, de confirmation, de ratification ou d'exécution volontaire, priver la caution du droit qui lui est acquis d'opposer toutes exceptions réelles qui affectent l'obligation (2). Elle peut, en conséquence, intervenir dans les instances engagées entre le créancier et le débiteur sur l'existence ou la validité de l'obligation principale, pour le maintien et la conservation de ses droits. Mais nous ne croyons pas qu'elle pût former tierce opposition aux jugements rendus dans de semblables instances (3), à moins qu'ils n'eussent été rendus par suite de l'un de ces actes de renonciation ou de confirmation, qu'il est interdit au débiteur de faire au préjudice de la caution.

Il n'y a, à cet égard, aucune distinction à établir entre la caution simple et la caution solidaire (4). Il est vrai que l'article 2021 renvoie aux principes posés pour les dettes solidaires, quant à l'appréciation des effets du cautionnement solidaire; mais il faut entendre ce renvoi dans le sens que lui donne sa corrélation avec le point qu'il s'agit de décider dans l'article 2021. Or, dans cet article, il s'agit du bénéfice de dis-

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 380. — Troplong, *Caut.*, n° 84. — Duranton, t. 10, n° 197, et t. 18, n° 379. — Zachariæ, t. 3, pag. 158.

(2) Troplong, *Caut.*, n°s 91 et 507. — Duranton, t. 10, n° 198. — Zachariæ, t. 3, pag. 159.

(3) Voy. cep. Zachariæ, t. 3, pag. 159.

(4) Zachariæ, t. 3, pag. 158, n^te 10. — Troplong, *Caut.*, n° 522.

cussion, qui appartient à la caution simple, en principe, en règle générale. Le législateur y apporte l'exception, en ajoutant : à moins qu'elle n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur, auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires. Ce renvoi aux principes de la solidarité n'a donc qu'une portée limitée ; il se réfère au bénéfice de discussion seulement, et ne vise que l'article 1203, suivant lequel le créancier peut s'adresser à celui des débiteurs solidaires qu'il veut choisir. Mais il n'en résulte pas du tout que la caution solidaire soit absolument assimilée au débiteur solidaire.

De ce que le cautionnement solidaire est régi tout à la fois par les principes combinés de la solidarité et du cautionnement, il suit que ces expressions, exceptions personnelles, n'ont point le même sens dans l'article 2036 que dans l'article 1208. Ainsi, les principes de la solidarité sont modifiés en ce sens que la caution, même solidaire, peut opposer non seulement les exceptions qui lui sont personnelles, mais encore celles qui appartiennent au débiteur, en tant qu'elles ne résultent pas de son incapacité, c'est-à-dire d'un privilége personnel.

10. Quant au débiteur solidaire, il ne peut, au contraire, opposer aucune des exceptions qui résultent des vices affectant le consentement de son coobligé, soit qu'il s'agisse d'un vice d'incapacité, ou d'un vice d'erreur, de dol, de violence, dont son consentement ne serait pas lui-même entaché.

Les exceptions personnelles dont s'occupe l'article 2036 sont donc plus restreintes que les exceptions personnelles dont parle l'article 1208, celles-ci devant s'entendre non seulement des vices d'incapacité, mais encore des autres vices qui peuvent entacher le consentement particulier de chaque coobligé solidaire.

Cette différence est fondée sur les principes essentiels de la solidarité et du cautionnement. C'est que le débiteur solidaire, obligé totalement et principalement, est réputé, à l'é-

gard du créancier, seul et unique débiteur; tandis que la caution solidaire ou simple ne fait que contracter un engagement accessoire et subordonné, auquel se communiquent de droit les vices de l'obligation principale (1). Le débiteur solidaire, dont l'engagement n'est entaché d'aucun vice, nous paraît tellement forclos du droit de faire valoir les exceptions personnelles à son coobligé, que, même dans le cas où le consentement de ce dernier serait vicié d'erreur, de dol ou de violence, il ne pourrait s'en prévaloir pour faire réduire l'engagement de toute la part virile de son codébiteur, sous prétexte qu'il est destitué du recours sur lequel il devait compter (2). Il reste toujours tenu *in solidum*.

11. Nous avons dit que chaque débiteur solidaire était censé donner et recevoir réciproquement mandat de faire meilleure la position des autres, mais non de la rendre pire. Il s'ensuit que les débiteurs peuvent, par leur fait, lorsqu'il rentre dans les limites du mandat que suppose la solidarité, c'est-à-dire lorsqu'il améliore leur position, produire des exceptions que leurs consorts peuvent opposer comme étant inhérentes à la dette.

Ainsi, le serment déféré à l'un des codébiteurs solidaires profite aux autres lorsqu'il a été déféré sur la dette, et non sur le fait de solidarité (1365).

Ainsi, la transaction faite entre le créancier et l'un d'eux profite aux autres, bien qu'elle ne puisse, par contre, leur être opposée (3).

12. Nous devons parler ici de l'extension de la chose jugée d'un codébiteur à l'autre; et cet examen nous fournira une occasion nouvelle de signaler d'importantes différences entre la solidarité et le cautionnement.

Comme tout cautionnement suppose une obligation princi-

(1) Zachariæ, t. 3, pag. 159, n° 11. — Troplong, *Caut.*, n° 497.

(2) *Contrà*, Rodière, n° 77.

(3) Duranton, t. 18, n° 420. — Zachariæ, t. 3, pag. 144. — Troplong, *Trans.*, n°s 125 et 126.

pale (2012), et qu'il ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses (2013), il suit que les jugements rendus en faveur du principal obligé profitent à la caution. Le créancier ne peut, vis-à-vis de cette dernière, remettre en question les points passés en force de chose jugée entre lui et le débiteur, lorsqu'il a été décidé que l'obligation est nulle, éteinte, acquittée en partie, ou contractée sous des conditions moins onéreuses. Autrement, il y aurait un cercle vicieux d'actions, puisque la caution, poursuivie par le créancier, exercerait son recours contre le débiteur, qui, à son tour, en exercerait un autre, en vertu du jugement, contre le créancier. Il est donc plus simple que la caution puisse opposer l'exception de chose jugée (1).

Cependant, l'exception de la chose jugée ne lui profite que tout autant que le jugement a été rendu sur des moyens de défense réels, communs, et inhérents au fond même de la dette. Elle ne pourrait s'en prévaloir s'il avait été rendu sur une exception purement personnelle au débiteur, par exemple, sur l'invocation de sa part du privilége de minorité (2).

13. Posons le cas inverse. Le jugement est rendu contre le débiteur principal; peut-on l'opposer à la caution? Si elle n'a à faire valoir que des exceptions réelles, inhérentes à la dette, dans ce cas, l'autorité de la chose jugée s'étend jusqu'à elle, parce que, en tant qu'elle oppose les exceptions réelles, opposées déjà par le débiteur principal et jugées contradictoirement avec lui, elle doit être considérée comme son ayant-cause, et souffrir toutes les exceptions qui écartent les moyens de défense dont elle entend se prévaloir. En un mot, elle a été représentée dans la première instance par l'obligé principal (3).

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 380. — TOULLIER, T. 10, n° 209. — TROPLONG, *Caut.*, n° 510. — DURANTON, T. 13, n° 517. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 773, n[te] 40.

(2) POTHIER, *De la chose jugée*, Appendice aux Obligations, n° 61. — DURANTON, T. 13, n° 517.

(3) POTHIER, *ibid.* — MERLIN, Quest., v° *Chose jugée*, §. 18, n° 5. — DURANTON, T. 13, n° 517. — TOULLIER, T. 10, n° 211. — TROPLONG, *Caut.*, n° 512.

14. Il en résulte qu'elle ne peut y former opposition en tiers. Car la tierce opposition n'appartient qu'à ceux qui n'ont point été parties, ni représentés dans une instance (1).

On objecte en vain que les causes de nullité ou d'extinction de l'obligation principale sont aussi des causes de nullité ou d'extinction du cautionnement; que la caution les oppose en son nom personnel, et non du chef du débiteur; que, dès lors, elle n'a pas été représentée par lui, quant à la question relative à la validité de son engagement comme caution. En effet, la caution, en accédant volontairement à une obligation principale, est censée avoir donné mandat au débiteur pour la représenter dans tout ce qui concerne l'existence ou la validité de cette obligation. Or, du moment que l'obligation principale est reconnue et constatée avec le débiteur contradictoirement et sur sa défense loyale et sérieuse, elle ne peut reproduire cette question d'invalidité ou d'extinction, sous prétexte qu'il ne s'agit pour elle que de contester, en son nom personnel, l'existence ou la validité de son cautionnement. Car elle ne fait que représenter des exceptions réelles définitivement jugées avec son mandataire (2).

Mais, si la caution fait valoir des exceptions qui lui sont personnelles, elle n'est plus alors l'ayant-cause du débiteur qui n'a pu la représenter, puisqu'elle avait seule le droit de les opposer de son chef personnel. La chose jugée ne peut donc, dans ce cas, lui être opposée, et elle est admise à former tierce opposition au jugement (3).

La voie de la tierce opposition lui est également ouverte, lorsque le jugement a été rendu par suite d'un concert ou d'une collusion frauduleuse entre le créancier et le principal obligé. Il est en effet évident, dans ce cas, que la caution n'a pas été représentée par le débiteur, puisque, au lieu de défendre ses

(1) TOULLIER, T. 10, n° 211. — TROPLONG, *Caut.*, n° 516. — Cass., 27 nov. 1811. SIREY, 12, 1, 125.

(2) *Contrà*, ZACHARIÆ, T. 3, pag. 160, et T. 5, pag. 773, n^te 40. — POTHIER, *ibid.*

(3) DURANTON, T. 13, n° 517. — TOULLIER, T. 10, n° 211.

droits, il les a sacrifiés. Elle ne saurait donc en être réputée l'ayant-cause, et les exceptions, même inhérentes à la dette, qu'elle fera valoir au soutien de sa réclamation, seront autant de moyens véritablement personnels (1).

Elle peut enfin former tierce opposition contre les jugements qui condamnent le débiteur, lorsque la condamnation n'a été prononcée que par suite d'actes de renonciation, d'aveu, de confirmation, exprès ou tacites de sa part, et tendant à priver la caution du droit qui lui est acquis d'opposer des exceptions même réelles (2). Tel est le cas où le débiteur aurait été condamné, par suite de sa renonciation expresse ou tacite au bénéfice de la prescription (3).

15. Quoi qu'il en soit, la caution peut appeler du jugement rendu contre le débiteur principal, alors même que celui-ci ne veut pas en interjeter appel.

Bien mieux, cette voie lui est ouverte, nonobstant tout acquiescement de la part du débiteur; car il ne peut, par son fait, la priver des moyens de défense qui lui sont acquis (4).

Quant aux délais dans lesquels la caution doit appeler du jugement rendu contre le débiteur, nous croyons qu'ils courent contre elle, sans que ce jugement lui ait été personnellement signifié. Il suffit qu'il ait été signifié au débiteur, et que les délais soient expirés à son égard. Bien que le cautionnement ne contienne point de mandat absolument parfait, et qu'il ne soit pas entièrement exact de dire que la caution est de tous points représentée par le débiteur, cependant, la signification faite à celui-ci est censée faite du même coup à elle-même. Car le débiteur la représente au moins dans les actes qui n'impliquent de sa part aucune renonciation expresse ou tacite de ses droits. Or, si le débiteur ne peut, par son acquiescement, priver la

(1) Cass., 11 déc. 1834. Sirey, 35, 1, 376.
(2) Voy. *suprà*, n° 9.
(3) Duranton, t. 13, n° 517.
(4) L. 5, *ff. De appell.*,—Troplong, *Caut.*, n°s 514 et 515. — Merlin, Quest., v° *Acquiescement*.

caution du droit d'appeler, il ne s'ensuit pas qu'il ne puisse point l'en dépouiller elle-même, en gardant le silence pendant les délais d'appel, et si d'ailleurs elle n'appelle pas.

Sans doute, si le jugement avait été rendu en même temps contre le débiteur et la caution, le créancier devrait, pour faire courir les délais d'appel, le faire notifier à toutes parties; et il ne suffirait pas de les signifier à l'une ou à l'autre. Mais alors la présence simultanée dans l'instance du débiteur et de la caution contredit toute pensée de mandat, et exclut toute idée de représentation d'une personne par l'autre. Dans notre hypothèse, au contraire, le mandat subsiste et se poursuit dans toute sa force. Le débiteur représente donc la caution, comme ferait un mandataire ordinaire (1).

16. Le jugement rendu en faveur de la caution profite, à l'instar du serment (1365), au débiteur principal, lorsqu'il déclare, sur des exceptions inhérentes au fond même de la dette, que l'obligation n'existe pas, est nulle, acquittée ou éteinte. La caution, étant réputée son mandataire à l'effet de le libérer, soit par un payement effectif, soit par tous autres actes équivalents, l'a représenté dans l'instance. Le jugement est donc censé rendu avec lui (2).

Il s'ensuit que les cofidéjusseurs peuvent, soit de leur chef, soit du chef du débiteur principal, se prévaloir du jugement rendu avec l'un d'eux et en sa faveur, sur le fond même de la dette.

17. Quant aux jugements rendus avec et contre la caution, ils n'acquièrent point l'autorité de la chose jugée contre le débiteur. La caution n'ayant point reçu mandat pour aggraver sa position, il peut tout remettre en question avec le créancier, comme *res inter alios judicata* (3).

(1) TROPLONG, *Caut.*, n° 516. — PONSOT, *Caut.*, n° 566. — *Contrà*, MERLIN, Quest., v° *Appel*, § 8.

(2) TROPLONG, *Caut.*, n°s 449 et suiv. — PONSOT, *Caut.*, n° 508. — *Contrà*, MERLIN, Quest., v° *Chose jugée*, § 18, n° 5. — DURANTON, T. 13, n° 518. — RODIÈRE, n° 166.

(3) TROPLONG, *Caut.*, n°s 454 et suiv. — DURANTON, T. 13, n° 518.

Il n'y a même à cet égard aucune distinction à faire, soit entre la caution simple et la caution solidaire (1), soit entre la caution qui s'est obligée, au su ou sur l'ordre du débiteur, et celle qui s'est engagée à son insu. Il suffit qu'elle soit caution, pour qu'à ce titre, qui caractérise principalement son mandat, elle n'ait pu représenter le débiteur. La solidarité sert bien à qualifier son cautionnement envers le créancier, s'il est solidaire; mais elle ne change point, par rapport à l'obligé principal, la nature et la portée de son mandat, en qualité de caution.

18. On est généralement d'accord pour reconnaître que le jugement rendu sur l'existence, la validité, l'extinction de l'obligation solidaire, en faveur de l'un des codébiteurs, profite également aux autres qui n'y ont point été parties personnellement. Telle est la conséquence des pouvoirs que chacun d'eux est censé avoir reçus de ses consorts, sinon pour aggraver leur position, du moins pour la rendre meilleure (2).

Que si le jugement avait été rendu avec plusieurs coobligés et en leur faveur, et que le créancier formât appel contre l'un d'eux seulement, les autres pourraient, sans doute, et par les mêmes raisons, se prévaloir de l'arrêt qui aurait déclaré, d'après des exceptions communes, l'appel non recevable ou mal fondé. Ils profiteraient tous de la chose jugée. Mais, si le créancier avait fait réformer le jugement, il ne pourrait opposer aux autres l'arrêt intervenu, parce que le concours de tous dans la même instance écartant l'idée de mandat réciproque, chacun se présente individuellement et doit être personnellement appelé, dans les délais ordinaires de droit, pour défendre sa cause.

Si, enfin, les derniers intimés avaient obtenu le maintien du jugement, leur consort ne pourrait s'en prévaloir vis-à-vis du

(1) Ponsot, *Caut.*, n° 512. — *Contrà*, Troplong, *Caut.*, n° 459. — Proudhon, *Usuf.*, t. 3, n° 1325.

(2) Zachariæ, t. 2, pag. 269, n°s 32, et t. 5, pag. 773. — Rodière, n° 105. — *Contrà*, Duranton, t. 13, n° 519.

créancier, pas même pour se faire décharger des parts viriles de ceux à l'égard desquels ce dernier a succombé, par suite d'exceptions communes, inhérentes à la dette. Il y a contre lui chose jugée (1).

19. Quant aux jugements rendus contre l'un des codébiteurs solidaires, ils nous semblent également acquérir l'autorité de la chose jugée contre les autres, moyennant certaines conditions que nous indiquerons plus loin. « En effet, dit Merlin (2), d'une part, une dette solidaire est la même dans sa substance et dans sa cause, pour chacune des parties qui y sont obligées. D'un autre côté, le codébiteur solidaire, pour ou contre lequel le jugement a été rendu, ne forme moralement qu'un seul et même individu avec les autres codébiteurs, parce qu'ils n'ont pu s'obliger solidairement à la même dette, sans se constituer mandataires l'un de l'autre pour la payer; et, par suite, pour se représenter mutuellement dans tous les actes et toutes les procédures qui tendraient à la faire payer, et pour faire valoir, dans leur intérêt commun, tous les moyens qu'ils pourraient avoir pour s'exempter de la payer. »

L'idée de ce mandat tacite sur laquelle repose la solidarité est communément admise par les auteurs (3). Et la représentation dans les instances relatives à la dette des codébiteurs l'un par l'autre, en est la conséquence forcée (4).

On objecte que, si la dette solidaire est une dans sa cause et dans son objet, elle est multiple dans le lien juridique; qu'il y a autant de liens juridiques distincts que de personnes obligées; que, dès lors, chaque codébiteur ayant un droit individuel et un intérêt personnel à se faire décharger de son engagement, n'agit que pour son propre intérêt, alors même qu'il oppose des exceptions purement réelles, et qu'il agit sans modifier la cause des autres. Cette conséquence que l'on tire

(1) Voy. RODIÈRE, nos 113 et 114.

(2) QUEST., vis *Chose jugée*, § 18, nos 2 et 3.

(3) BONCENNE, T. 3, pag. 64. — TOULLIER, T. 10, no 202.

(4) Voy. 1351, no 100.

de la multiplicité et de la diversité du lien juridique nous paraît tout à fait inexacte ; car, s'il y a diversité dans ce lien, quant aux personnes, c'est seulement à raison des exceptions personnelles qui peuvent appartenir à chacun des codébiteurs. Mais il ne s'agit point, dans l'hypothèse où nous étendons de l'un à l'autre l'autorité de la chose jugée, d'exceptions personnelles ; nous supposons, au contraire, des exceptions réelles, inhérentes au fond même de la dette. Or, quant aux exceptions de cette nature, comme elles n'appartiennent individuellement et exclusivement à personne ; que chacun des codébiteurs peut les faire valoir aussi bien en son nom qu'au nom de ses consorts, bien loin que la nature des obligations solidaires répugne, dans ce cas, à l'idée d'un mandat réciproque et tacite, la solidarité même en implique nécessairement l'existence. La cause de la dette est une ; pour être personnel, le lien juridique est le même pour chaque obligé ; les moyens de défense sont communs ; les exceptions sont réelles et communes ; chacun des coobligés solidaires est donc apte à répondre pour tous aux poursuites, comme à les représenter tous dans l'instance. Si le créancier a stipulé la solidarité, ou si la loi l'a stipulée pour lui, n'est-ce pas pour qu'il soit dispensé d'agir séparément contre chacun des codébiteurs, et pour avoir un titre exécutoire également contre tous (1)?

De ce que le jugement rendu contre l'un passe en chose jugée contre les autres, il suit que les codébiteurs ne peuvent y former tierce opposition, puisqu'ils sont réputés avoir été représentés dans l'instance par la personne de leur consort.

Ce jugement ne sera toutefois pleinement exécutoire contre ceux qui n'ont point été personnellement instanciés, que moyennant une signification préalable à eux faite. Il ne suffirait pas que le créancier l'eût déjà notifié à celui contre lequel il

(1) MERLIN, TOULLIER, *ibid.* — PROUDHON, *Usuf.*, t. 3, n° 1321. — BONNIER, n° 701. — Voy. Cass., 29 nov. 1836. SIREY, 37, 1, 362. — *Contrà*, DURANTON, t. 13, n° 520. — ZACHARIÆ, t. 5, pag. 774, n° 42. — MARCADÉ, art. 1351, n° 13. — RODIÈRE, n° 109.

l'a obtenu. Quant aux autres, c'est bien assez de les considérer comme ayant été parties dans l'instance, sans pousser la théorie du mandat tacite jusqu'à dispenser le créancier d'une signification qu'il aurait dû leur adresser, s'ils avaient été en nom dans l'instance, suivant les règles de la procédure civile. Mais, qu'on y fasse attention, nous n'exigeons pas cette notification comme condition de la chose jugée.

20. Quand nous disons que les jugements rendus pour ou contre l'un des codébiteurs solidaires, acquièrent, pour ou contre les autres, l'autorité de la chose jugée, nous supposons qu'ils sont rendus sur le fondement d'exceptions réelles, inhérentes à la dette et communes à tous les coobligés. Si le jugement était fondé sur l'existence d'exceptions purement personnelles au codébiteur, en faveur duquel il a été rendu, il ne saurait profiter aux autres, dont la cause est restée entière, et à l'égard desquels il n'y a rien de jugé.

D'autre part, si les autres codébiteurs avaient des exceptions personnelles à faire valoir, ils seraient admis à se pourvoir, par tierce opposition, contre le jugement rendu au préjudice de leur consort. Il n'a pu, en effet, les représenter dans des moyens dont il ne pouvait personnellement se prévaloir. Il n'y a donc pas autorité de chose jugée (1).

La voie de la tierce opposition est également recevable lorsque le jugement rendu contre l'un des codébiteurs est le résultat d'une collusion frauduleuse entre lui et le créancier. Il est encore vrai que les autres n'ont pas été représentés (2).

Les autres codébiteurs peuvent enfin se pourvoir par tierce opposition, lorsque le jugement rendu contre l'un d'eux l'a été par suite d'une confirmation, d'une ratification, ou d'une renonciation, de la part de ce dernier, à des moyens communs de défense, tels que l'inexistence, la nullité, la rescision de l'obligation solidaire. Comme il est censé n'avoir reçu mandat

(1) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 269, n[te] 32; T. 5, pag. 774, n[te] 42. — Cass., 29 nov. 1836. SIREY, 37, 1, 362.

(2) ZACHARIÆ, *ibid.* — Cass., 11 déc. 1834. SIREY, 35, 1, 376.

de ses consorts que pour améliorer leur position, et non pour l'aggraver par ses faits personnels, il n'a pu les représenter dans la consommation d'actes tendant à leur enlever des droits qui leur sont acquis, sous forme de moyens communs de défense (1).

Tel est le cas de prescription. L'un des codébiteurs solidaires ne peut y renoncer au préjudice des autres; et ces derniers peuvent former tierce opposition au jugement rendu contre lui, sur le fondement de sa renonciation expresse, lorsqu'il a déclaré expressément y renoncer, ou de sa renonciation tacite, lorsqu'il a simplement omis de s'en prévaloir (2).

21. Mais, si le moyen de prescription avait été proposé et sérieusement défendu par l'un des codébiteurs solidaires, et que, néanmoins, un premier jugement l'eût écarté, ce jugement passerait contre les autres en force de chose jugée; et il ne leur serait plus permis de reproduire ce moyen de prescription, même en ce qui concerne leurs intérêts individuels. Ils ont été, en effet, représentés par leur consort dans l'invocation de ce moyen de défense, qui constitue une exception réelle, appartenant à tous. Il importe même peu que la défense ait été présentée par la partie d'une manière incomplète et peu satisfaisante. Il suffit qu'elle ait agi sérieusement, de bonne foi, sans dol ni fraude, pour qu'elle soit censée avoir usé légitimement de son mandat, et représenté tous les autres. Pour faire rejuger avec ces derniers une question de prescription déjà jugée, en dehors de toute collusion frauduleuse qui ouvre la voie de la tierce opposition, il faudrait dénier que la chose jugée avec l'un des débiteurs solidaires s'étende aux autres coobligés (3).

Ce que nous disons du moyen de prescription, il faut l'appliquer aux autres exceptions réelles inhérentes à la dette.

22. En disant que le jugement rendu contre l'un des débi-

(1) Toullier, t. 10, n° 203.
(2) Troplong, *Prescript.*, n° 103. — Duranton, t. 21, n° 155.
(3) *Contrà*, Limoges, 19 déc. 1842. Sirey, 43, 2, 495.

teurs solidaires acquiert, contre les autres, l'autorité de la chose jugée, nous ne voulons pas dire indistinctement qu'il suffit qu'il soit passé contre un seul en force de chose jugée, pour que, du même coup et immédiatement, il soit censé avoir acquis cette autorité contre les autres. Chacun d'eux a, en effet, un droit propre et individuel d'appeler du jugement; de telle sorte que l'acquiescement et l'exécution volontaire de l'un d'eux peuvent bien empêcher celui-ci de former appel, mais qu'ils ne sauraient enlever aux autres ce droit de recours. Ils ne peuvent en perdre eux-mêmes l'exercice que par leur fait personnel; autrement, le fait de leur consort pourrait aggraver leur position, en dehors des limites du mandat que suppose la solidarité (1).

Mais, pour faire courir contre chacun d'eux les délais d'appel, il n'est pas nécessaire de leur faire signifier individuellement le jugement, conformément aux lois de la procédure. En vain on dit que, pour être censés avoir été représentés dans l'instance par la personne de leur consort, ils ne doivent pas être plus rigoureusement traités que s'ils y avaient été personnellement appelés; que, dans ce dernier cas, le jugement doit leur être notifié, indépendamment de toute notification qui aurait été faite à l'un d'eux (2).

Sans doute, lorsque plusieurs coobligés solidaires figurent dans l'instance, le jugement rendu doit être signifié à chacun d'eux, pour faire courir contre eux, individuellement, les délais d'appel (3). C'est que, dans ce cas, leur mise en cause simultanée est en contradiction avec l'existence d'un mandat quelconque. On ne peut plus dire qu'ils se représentent mutuellement pour répondre à l'action intentée, puisqu'ils figurent personnellement dans l'instance, et qu'ils agissent par eux-mêmes. Alors, au contraire, qu'un seul est appelé en cause, il faut bien admettre, à moins que l'on écarte toute idée de

(1) TOULLIER, t. 10, n° 203.—TALANDIER, *De l'appel*, n° 262.

(2) TOULLIER, *ibid.* — TALANDIER, *ibid.*

(3) RODIÈRE, n° 121.

mandat, qu'il agit pour les autres, qu'il les représente comme tout mandataire ordinaire, et qu'en conséquence la signification qui lui est faite fait courir contre eux les délais d'appel, sauf à eux à appeler eux-mêmes dans ces mêmes délais.

23. Si le jugement avait été rendu contradictoirement contre l'un des codébiteurs, et par défaut contre l'autre, celui-ci pourrait encore exercer son droit d'opposition, alors même que le jugement aurait acquis contre son consort l'autorité de la chose jugée, par suite de son acquiescement, de son silence, ou de son exécution volontaire. En effet, dit la Cour de cassation (1), dans le cas d'une seule instance dirigée contre deux codéfendeurs solidaires, celui qui agit conserve incontestablement son droit propre, et même le droit commun, en tant que ce droit serait indivisible.

A plus forte raison, conserve-t-il ce droit propre et personnel, lorsqu'il l'a exercé avant même que le jugement fût passé, à l'égard de l'autre codébiteur, en force de chose jugée. L'abstention ou l'acquiescement de celui-ci ne saurait le priver de l'exercice d'un droit qui lui est personnellement acquis.

De même, le jugement ayant été rendu avec et contre plusieurs coobligés, chacun d'eux a individuellement le droit d'en interjeter appel; et, bien que l'appel formé par un seul d'entre eux, sans être limité à son droit personnel, profite à tous, lorsqu'il aboutit à la décharge des condamnations prononcées en première instance, ou du moins profite à tous ceux qui étaient eux-mêmes dans les délais de l'appel, lorsque leur consort a appelé (2), néanmoins le créancier ne peut se prévaloir de l'arrêt de confirmation rendu en sa faveur, qu'à l'égard de ceux-là seuls qui l'ont intimé en appel. Quant aux autres, si leur droit n'a péri, ils peuvent encore appeler et faire réformer le jugement. C'est, encore une fois, qu'étant personnellement parties dans la cause, ils ne sont plus censés vouloir

(1) 3 fév. 1846. SIREY, 46, 1, 737.
(2) Voy. RODIÈRE, n° 122 et suiv.

être représentés à leur préjudice, par leurs consorts, et qu'ils exercent eux-mêmes leurs droits individuellement.

24. On voit qu'en résumé, relativement à l'extension de la chose jugée d'une personne à l'autre, il y a les plus grandes analogies entre la solidarité et le cautionnement. Mais il y a au fond de très graves différences, en ce que, d'une part, tous les codébiteurs solidaires sont réputés débiteurs principaux, et que, par rapport au créancier, ils ne sont point cautions les uns des autres; et, d'autre part, en ce que les exceptions personnelles dont parle la loi, n'ont pas le même sens en fait de solidarité qu'en fait de cautionnement.

25. Quoi qu'il en soit, lorsque des coobligés solidaires, les uns ont été condamnés, et les autres acquittés de la poursuite, la question concernant le recours à exercer de la part des uns contre les autres reste entière, puisqu'à cet égard il n'y a rien de jugé. Ainsi, celui qui a été condamné à payer, et qui a payé une première fois, peut être fondé à exercer son recours contre les autres, abstraction faite de la décision qui les acquitte envers le créancier.

Tel est le cas où l'un des débiteurs, qui a vainement excepté d'un payement en première instance, a été condamné et a acquiescé au jugement, tandis que les autres ont été relaxés en appel, soit sur le fondement de ce premier payement, soit en vertu de la prescription non suspendue à leur égard. Celui qui a été condamné pourra se faire indemniser par les autres, puisque le payement qu'il justifie envers eux a tourné à leur libération, supposé qu'il ait été fait avant que la prescription ne fût acquise en leur faveur, et dans un temps où le créancier avait conservé son action contre eux.

Et même quant à ceux-ci, s'ils n'ont été acquittés de l'action du créancier qu'en conséquence d'un payement qu'ils ont fait reconnaître par la justice, ils pourront eux-mêmes se faire indemniser par leurs consorts qui ont été condamnés, nonobstant cette condamnation qui aggrave ainsi leur condition.

Mais, dans tous les cas, ce recours devra être apprécié sui-

vant les règles générales qui président aux rapports particuliers des codébiteurs entre eux, et au point de vue d'un payement utilement fait, à la décharge des autres, sans imprudence ni faute imputable à celui ou à ceux qui l'opposent comme fondement de leur droit à une légitime indemnité.

Article 1209.

Lorsque l'un des débiteurs devient héritier unique du créancier, ou lorsque le créancier devient l'unique héritier de l'un des débiteurs, la confusion n'éteint la créance solidaire que pour la part et portion du débiteur ou du créancier.

Sommaire.

1. Principe de la confusion. Ses effets.
2. A la portion personnelle il faut ajouter la part contributive dans les insolvabilités.
3. Du cas où le débiteur ne succède que pour partie.
4. Du cas où les débiteurs succèdent tous au créancier. Hypothèses diverses.
5. Si l'un des débiteurs succède à l'autre, il y a cumul; ses effets.
6. Renvoi pour la remise et la compensation.

COMMENTAIRE.

1. Nous passons à l'examen des faits qui ont pour conséquence de restreindre ou de détruire la solidarité.

La confusion est un mode d'extinction des obligations dont notre article applique les effets aux obligations solidaires. Elle existe lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne (1300). Lors donc que l'un des débiteurs solidaires devient héritier unique du créancier, ou lorsque le créancier devient l'unique héritier de l'un des débiteurs, la confusion éteint la créance solidaire, seulement pour la part et portion du débiteur qui succède au créancier, ou du créancier qui succède au débiteur (1209). L'un ou l'autre réunit, en effet, sur sa tête, la double qualité de créancier et de débiteur. S'il agit comme créancier, il doit

répondre à sa propre action, comme débiteur, c'est-à-dire qu'il s'opère en lui confusion jusqu'à concurrence de la part dont il est personnellement et réellement tenu envers ses coobligés, et il ne pourra exiger d'eux le payement de la créance que sous la déduction de cette part. Autrement, ils auraient à exercer contre lui un recours pour le payement qu'ils auraient fait de cette même portion. La confusion, en éteignant la créance jusqu'à due concurrence, prévient et empêche les circuits de cette action récursoire.

2. A la part dont le débiteur succédant au créancier, ou le créancier succédant au débiteur, est personnellement tenu dans la dette, il faut ajouter sa portion contributoire dans les insolvabilités, si parmi les autres débiteurs il y a des insolvables (1).

3. Si le débiteur n'était héritier du créancier que pour portion seulement, la créance continuerait d'être solidaire à l'égard de l'autre ou des autres cohéritiers. Ils pourraient donc, sauf les effets de la divisibilité, exiger solidairement le payement de la créance en ce qui les concerne. Mais, à l'égard de celui qui réunit sur sa tête, pour portion seulement, la qualité de créancier et de débiteur, il y aurait confusion dans une proportion correspondante à sa portion comme débiteur, et à sa portion comme créancier.

Ainsi, Primus et Secundus sont débiteurs solidaires de quatre mille francs envers Tertius. Primus succède à Tertius pour un quart. Les autres cohéritiers auront une action solidaire quoique divisée entre eux, pour exiger le payement des trois mille francs qui leur reviennent, soit contre Primus, soit contre Secundus. Mais Primus ne pourra demander à Secundus le payement de ce qui lui revient pour son quart, que sous la déduction de sa part contributive dans la dette, c'est-à-dire de cinq cents francs, si l'on suppose à chacun d'eux un intérêt égal.

Est-ce Tertius, créancier, qui a succédé pour un quart à Pri-

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 276.

mus, débiteur; il confond en lui d'abord la portion dont il est tenu dans la dette, comme héritier du débiteur pour partie. Mais, pour le surplus, il a une action solidaire contre Secundus, qui aura lui même à exercer son recours contre l'autre ou les autres héritiers de Primus, débiteur. Il pourra de même, faisant en lui-même confusion de sa part héréditaire, agir contre ses cohéritiers par action solidaire quoique divisée; et ceux-ci auront, dans ce cas, un recours à exercer contre Secundus (1).

Enfin, si Tertius succédait à l'autre débiteur solidaire concurremment avec d'autres, il y aurait à régler ses droits et ses obligations, relativement à cette seconde succession, d'après les mêmes principes que pour la première; c'est-à-dire que toute confusion opérée en lui, il aurait pour ce qui peut lui revenir une action solidaire divisée contre ses cohéritiers.

4. Si tous les débiteurs devenaient héritiers du créancier, pour des portions égales, pourvu qu'ils eussent tous un intérêt égal dans la dette, il est évident qu'il s'opérerait une extinction entière et complète. Car aucun d'eux ne pourrait demander d'un côté sans être tenu de l'autre. La confusion serait totale.

S'ils étaient héritiers pour des parts inégales, ceux qui auraient une part supérieure à leur contribution dans la dette, commenceraient par faire confusion sur eux-mêmes jusqu'à due concurrence, et, pour le surplus, ils exerceraient une action solidaire, quoique divisée entre eux, contre chacun de leurs consorts.

Tout se réduit donc, en définitive, à bien fixer l'étendue de la confusion, ce qui suppose la comparaison des quotités dans lesquelles se réunissent les doubles qualités de créancier et de débiteur, puis à rapprocher et à combiner entre eux les principes de la solidarité et de la divisibilité des actions.

5. Lorsque l'un des débiteurs succède à l'autre, il y a seulement cumul sur la même tête de leurs obligations respectives.

(1) DURANTON, t. 11, n° 222.

S'il est héritier en partie, à son obligation personnelle s'ajoute une part de celle du défunt, dans la proportion suivant laquelle il succède.

Mais ces obligations se cumulent sans se confondre. Ainsi, le débiteur pourra faire valoir pour les unes ou les autres, les exceptions personnelles qui lui appartiennent de son chef ou de celui de son auteur (1).

6. Nous parlerons des effets de la remise sous l'article 1285, et de ceux de la compensation sous l'article 1294.

Article 1210.

Le créancier qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des codébiteurs, conserve son action solidaire contre les autres, mais sous la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité.

Sommaire.

1. Le créancier peut renoncer à la solidarité.
2. La renonciation doit être expresse.
3. Il n'y a rien de sacramentel.
4. Effets de cette renonciation.
5. Les résultats acquis de la solidarité durent néanmoins. Exemples.
6. Le créancier n'est point censé renoncer à l'indivisibilité.
7. La renonciation est personnelle.
8. C'est une part égale ou virile qu'il faut seulement déduire.

COMMENTAIRE.

1. Le créancier d'une obligation solidaire, pourvu qu'il soit capable de s'obliger (2), peut renoncer au bénéfice de la solidarité, sans préjudice néanmoins du droit qui appartient à chaque codébiteur de payer la totalité de la dette, et sans que le créancier ait le droit d'en exiger la division.

(1) L. 5, *ff. De fidejuss.*,— Duranton, t. 11, n° 222—Toullier, t. 7, n° 433.

(2) Duranton, t. 11, n° 237.

2. Cette renonciation, comme toute renonciation à un droit, ne se présume pas, et doit être expressément convenue.

Les dispositions des articles 1211 et 1212, qui prévoient trois cas de renonciation, ne la font résulter, par voie d'interprétation, que d'une convention expresse à cet égard. Dans le cas même où l'article 1212, moyennant certaines conditions de payement qu'il détermine, applique la remise de la solidarité au capital et aux intérêts ou arrérages à échoir, cette application n'a lieu que par suite de l'extension donnée à une renonciation expresse. Car, bien loin d'être tacite, elle a son principe, comme la présomption elle-même sur laquelle elle est fondée, dans les termes positifs et exprès de la réception d'une portion accessoire de la dette.

3. Du reste, aucune expression sacramentelle n'est exigée pour la renonciation à la solidarité pas plus que pour la stipulation de la solidarité. Consentir à la division de la dette (1210), renoncer à l'action solidaire (1215), remettre la solidarité (1211), sont des expressions parfaitement synonymes d'une renonciation à la solidarité, soit légale, soit conventionnelle.

Mais le doute doit s'interpréter contre les débiteurs, parce que la solidarité étant prouvée, c'est à eux à prouver la renonciation qu'ils opposent par voie d'exception.

4. Comme le créancier est maître d'y renoncer ou non, il l'est également de faire les conditions de sa renonciation. Il peut y renoncer pour telle ou telle portion de la dette, à l'égard de tel ou tel débiteur, sous telle ou telle condition, sous telle ou telle réserve. C'est à lui qu'il appartient de faire la loi du contrat.

Lorsque rien n'en limite l'étendue, soit quant à l'objet de la dette, soit quant à la personne des coobligés, elle s'étend à l'obligation entière, principal et accessoires, et, en même temps, à tous les codébiteurs.

La dette est alors censée, à partir de la renonciation, simplement conjointe. Chacun des débiteurs, dès lors réputés conjoints, ne doit plus, en conséquence, qu'une part égale et virile,

comme s'il avait contracté une obligation conjointe, à moins que l'acte même d'engagement ou de renonciation n'établisse contradictoirement avec le créancier, qu'il a pris dans l'obligation un intérêt moindre. Mais s'il y avait un intérêt supérieur aux autres, le créancier pourrait le poursuivre en payement jusqu'à concurrence de sa part réelle. Car la division en portions viriles ou égales est en faveur du créancier, et ne peut lui être opposée.

Si les débiteurs solidaires ont donné des cautions, des hypothèques, des gages, les cautionnements et les garanties sont réduits à la part virile, ou, tout au moins, à la part réelle de chacun d'eux, à moins de clause et de réserves contraires. En un mot, la renonciation à la solidarité de la part du créancier fait disparaître, pour le présent et pour l'avenir, tous les effets de la solidarité.

5. Quant à ses effets acquis, ils persistent et durent, la renonciation n'ayant jamais lieu que sous la réserve des faits accomplis, qui, pour être maintenus, n'ont pas besoin de la persistance de leur cause. Ainsi, supposons que la chose due ait péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des débiteurs solidaires; les autres codébiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose (1205). Le créancier renonce à la solidarité; il n'aura plus qu'une action divisée en payement du prix; mais il conservera cette action en payement. Au contraire, si l'obligation avait été, dès le principe, simplement conjointe, ou si la renonciation à la solidarité était antérieure à la perte de la chose, les autres débiteurs seraient libérés totalement par la perte de la chose due, arrivée par la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des débiteurs, leurs consorts.

Ainsi encore, la demande d'intérêts formée antérieurement contre l'un des débiteurs solidaires, continuera à les faire courir contre tous; tandis, au contraire, qu'après une renonciation à l'égard de tous, il faudrait une demande formée contre chacun d'eux.

De même, enfin, si la contrainte par corps avait été prononcée, à raison de la solidarité qui portait la dette de chaque débiteur au chiffre voulu par la loi (1), et que le créancier renonçât ensuite à la solidarité après le jugement, il pourrait user contre lui de la contrainte par corps, quoique la division de la dette réduisît sa part à une somme inférieure à celle exigée par la loi. C'est qu'il y a chose jugée, et que le créancier ne doit pas être traité, dans ce cas, plus rigoureusement que s'il n'avait fait que recevoir un simple à-compte du débiteur qu'il a soulagé.

6. En renonçant à la solidarité, le créancier ne renonce pas pour cela à l'indivisibilité de l'obligation, si, d'ailleurs, elle est indivisible. Autre chose, en effet, la solidarité; autre chose, l'indivisibilité. L'une et l'autre ont leurs effets propres et particuliers.

7. Le créancier qui consent à la division de la dette, à l'égard de l'un des codébiteurs, ne perd que vis-à-vis de lui le bénéfice de la solidarité. Il conserve son action solidaire contre les autres. Mais, comme il a divisé sa créance, il ne peut agir contre eux que sous la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité (1210).

Malgré la généralité des termes de notre article, cependant il convient de distinguer : si le créancier a déchargé le débiteur de la solidarité, en recevant de lui le payement réel de sa part, ou en lui en faisant la remise, il n'a plus d'action même divisée contre lui, et il n'a d'action contre les autres que sous la déduction de la part éteinte. Telle est l'hypothèse de l'article 1210 qui suppose, comme les articles suivants, un payement effectif ou tout autre acte équivalent. Mais, si le créancier a seulement renoncé à la solidarité, sans payement effectif ni remise, alors il conserve son action solidaire contre les autres codébiteurs qu'il n'a point déchargés, sans déduction et pour le tout, sans préjudice de l'action divisée qu'il a contre celui

(1) Voy. art. 2065, et loi du 17 avril 1832, art. 1.

qu'il a déchargé seulement de la solidarité (1). Autrement, les autres codébiteurs profiteraient d'une remise de solidarité, dont le bénéfice est, de droit et conformément à l'intention du créancier, tout personnel à celui qui l'a obtenue.

8. La part à déduire est une part virile et égale, comme si l'obligation était simplement conjointe, ou bien la part réelle du débiteur déchargé, si elle est inférieure à une part virile. Si elle était supérieure, et que l'acte d'engagement ou de renonciation ne l'eût point fait connaître, le créancier n'en conserverait pas moins son action solidaire contre le autres, non seulement pour leurs parts réelles, mais encore pour tout ce qui excède dans la part personnelle du débiteur soulagé une portion égale et virile, eu égard au nombre des codébiteurs. Ils sont en effet censés avoir pris un intérêt égal dans l'obligation, qui commence par être conjointe avant d'être solidaire. Cette présomption existe surtout dans leurs rapports avec le créancier, qui, dans l'ignorance de la répartition faite entre eux, pourrait, en déchargeant de la solidarité l'un des codébiteurs, n'avoir désormais à demander qu'une quotité insignifiante ou même nulle de la dette, s'il devait déduire de son action toute la part du débiteur déchargé, quelle qu'elle fût, fût-elle même égale à l'intégralité de la dette, les autres n'étant que ses cautions.

Il s'ensuit que les codébiteurs contre qui l'action solidaire est maintenue, sauf déduction, peuvent recourir, pour ce qu'ils payent au-delà de leurs parts réelles dans la dette, contre leur consort déchargé, sans que celui-ci puisse leur opposer, pas plus qu'au créancier lui-même, sa décharge de la solidarité. Car la division à laquelle ce dernier a consenti s'entend, sauf preuve du contraire, d'une division en parts égales et viriles.

(1) Zachariæ, t. 2, pag. 271, nte 30. — Duranton, t. 11, n° 231. — Voy. 1215, n° 2. — Arg. de l'art. 1224. — *Contrà*, Rodière, n° 145. — Marcadé, art. 1210.

ARTICLE 1211.

Le créancier qui reçoit divisément la part de l'un des débiteurs, sans réserver dans la quittance la solidarité ou ses droits en général, ne renonce à la solidarité qu'à l'égard de ce débiteur. — Le créancier n'est pas censé remettre la solidarité au débiteur, lorsqu'il reçoit de lui une somme égale à la portion dont il est tenu, si la quittance ne porte pas que c'est *pour sa part*. — Il en est de même de la simple demande formée contre l'un des codébiteurs *pour sa part*, si celui-ci n'a pas acquiescé à la demande, ou s'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation.

Sommaire.

1. Autres cas de renonciation.
2. La quittance doit exprimer que c'est pour la part de celui qui paye.
3. Ces mots, *pour sa part*, n'ont rien de sacramentel.
4. Pas de remise s'il y a réserves.
5. Il n'est point exigé que le débiteur paye toute sa part.
6. La renonciation est personnelle.
7. Poursuites formées contre l'un *pour sa part*.
8. Différence entre la caution et le coobligé solidaire.
9. Jusqu'à l'acquiescement ou la condamnation, le créancier peut changer ses conclusions.
10. *Pour sa part*, n'a rien de sacramentel.
11. Il faut que la demande ne contienne aucune réserve.
12. Double observation.

COMMENTAIRE.

1. Dans notre commentaire de l'article précédent, nous avons supposé une renonciation à la solidarité conçue en termes positifs et formels. Les articles 1211 et 1212 prévoient trois nouveaux cas de remise de la solidarité. Mais, dans les trois hypothèses qui font le sujet de leurs dispositions, cette renonciation n'étant point formellement et littéralement exprimée, le législateur a dû déterminer et spécifier les conditions sous lesquelles il pouvait y avoir équipollence dans les termes.

2. Lorsque le créancier reçoit une portion quelconque de la dette de l'un des débiteurs solidaires, il est bien évident qu'il ne renonce pas pour cela au bénéfice de la solidarité. Il ne fait que recevoir un simple à-compte, sous la réserve de tous ses droits pour le surplus.

Alors même qu'il reçoit du débiteur une somme égale à la portion dont il est tenu, il n'est pas censé lui remettre la solidarité (1211). Cette somme n'est réputée reçue qu'à titre d'à-compte, soit parce que sa conformité exacte avec la portion dont le débiteur est tenu peut n'être que le résultat du hasard, soit parce que, d'ailleurs, sa réception n'indique nullement, de la part du créancier, l'intention de renoncer à ses droits.

Mais, si la quittance exprime que c'est pour sa part, il est alors censé lui avoir fait remise de la solidarité (1211). En effet, cette expression de part suppose une division de la dette, et cette division exclut la solidarité, n'y ayant, en droit, rien de plus incompatible qu'une obligation divisée et une obligation solidaire. Or, comme il faut entendre les termes d'un acte dans le sens qui doit leur faire produire quelque effet, il est conforme aux règles d'une saine interprétation de voir dans ces expressions de division, une renonciation formelle à la solidarité (1).

3. Ces mots, *pour sa part*, n'ont aucun caractère sacramentel; ils admettent des équivalents. Mais il est de rigueur que les termes employés dans la quittance expriment clairement que le créancier a entendu opérer la division de la dette. Ainsi, on ne saurait induire aucune renonciation expresse à la solidarité d'une quittance ainsi conçue : Reçu quatre mille deux cents francs, pour la moitié de la somme de huit mille quatre cents francs, montant de la dette (2). Car elle n'énonce point que cette moitié de la dette ait été reçue par le créancier comme faisant la part du coobligé; elle n'exprime donc qu'un

(1) L. 18, C. *De pactis.* — POTHIER, *Oblig.*, n° 277.
(2) Amiens, 22 janv. 1840. *Journal du Palais*, 1842, T. 2, pag. 490.

à-compte, et elle contient virtuellement réserve de tous les droits.

4. Comme la renonciation à la solidarité n'est fondée ici que sur l'interprétation de la volonté du créancier, il est clair qu'on ne peut l'admettre lorsqu'elle est d'ailleurs en contradiction formelle avec son intention nettement exprimée. Lors donc qu'il a reçu de l'un des débiteurs solidaires divisément sa part, avec l'expression que c'est pour sa part, si en même temps il a réservé la solidarité, il n'y a aucune sorte de renonciation (1211). La quittance ne peut, en effet, être scindée dans les termes qui constituent l'expression indivisible de la volonté du créancier. Si, en parlant de part, il a exprimé une division, cette expression, rapprochée de la réserve de la solidarité, n'a plus le sens d'une renonciation, mais de la réception d'un simple à-compte, avec indication, en fait, des parts contributives des débiteurs dans la dette, sans aucune conséquence de droit à son égard. Les termes, étant contradictoires, se neutralisent parfaitement.

Il suffit même qu'il ait réservé dans la quittance ses droits en général. Cette réserve, en termes généraux, détruit les inductions que l'on aurait pu tirer d'une réception divisée, dans le sens d'une renonciation.

Il suffirait encore que le créancier eût simplement énoncé dans sa quittance qu'il ne reçoit qu'à titre d'à-compte. Cette énonciation équivaut, en effet, à une réserve de droits en général, pourvu toutefois qu'elle ne s'applique point spécialement à la part personnelle du débiteur, au lieu de s'appliquer à la totalité de la dette. Car, si ces mots, à titre d'à-compte, signifiaient seulement à titre d'à-compte sur sa part, ils ne feraient qu'établir de plus fort la division opérée de la dette.

En résumé, le créancier qui reçoit divisément la part de l'un des débiteurs, sans réserver dans la quittance la solidarité ou ses droits en général, renonce à la solidarité (1211).

5. Il semble résulter des termes de notre article, que pour que cette renonciation ait lieu, il faut que le créancier reçoive

de l'un des débiteurs divisément, c'est-à-dire avec expression que c'est pour sa part, et de plus la part entière du débiteur dans la dette. Cette dernière condition n'est nullement exigée, et ne peut raisonnablement l'être. Il est donc indifférent que le débiteur paye divisément toute sa part ou seulement une portion, un à-compte sur cette part. Sur quoi, en effet, est fondée dans ce cas la renonciation à la solidarité? Sur l'expression de part, qui implique une division consentie de la dette. Or, quelle autorité plus grande pourra donner à cette expression de division, la circonstance de fait que le débiteur a payé divisément sa part tout entière? Évidemment aucune. Car le créancier est censé renoncer à la solidarité, non pas parce qu'il a reçu toute la portion de l'un des débiteurs, mais parce que, en recevant de lui une partie quelconque de la dette, il en a consenti la division. Soit que le créancier ait déclaré recevoir toute la part du débiteur, et pour sa part divisément, en la recevant réellement tout entière, ou qu'il ait déclaré seulement recevoir un à-compte sur sa part et pour sa part, il y a également renonciation à la solidarité.

6. Mais à qui profite cette renonciation? Elle ne profite qu'au débiteur qui a reçu sans réserve quittance divisément, pour sa part (1211). Autrefois la question était controversée: les uns voulaient qu'elle profitât à tous; les autres, à celui-là seul à l'égard duquel elle avait eu lieu. Mais Pothier (1), dont le sentiment a été suivi, prouve très bien que cette remise doit être personnelle, comme la convention qu'elle suppose entre le débiteur et le créancier.

7. Nous passons au second cas de renonciation.

Lorsque le créancier assigne l'un des codébiteurs en payement pour sa part, ou lui fait commandement à fin de payement pour sa part; lorsque, en un mot, il forme contre lui une demande pour sa part, en s'en tenant au sens littéral des mots, il consent évidemment à la division de la dette. Cependant, il

(1) *Oblig.*, n° 278.

n'est pas encore censé avoir renoncé à la solidarité. Il n'y aura renonciation définitive que lorsque le codébiteur aura acquiescé à la demande, ou qu'il sera intervenu un jugement de condamnation (1211). Cette renonciation résultant d'un contrat, le concours des volontés est nécessaire pour la produire.

Mais, lorsqu'il y a acquiescement, il n'est pas exigé que la quittance ou les offres expriment que c'est pour sa part; car elles se réfèrent à la demande.

8. Il y a à cet égard une différence notable entre les débiteurs solidaires et les cofidéjusseurs, bien que ces derniers soient tenus individuellement de la totalité de la dette (2025), à moins qu'ils ne se soient engagés solidairement entre eux (2021). En effet, l'article 2027 fait résulter implicitement la division de son action de la part du créancier, du seul fait de les avoir poursuivis personnellement pour leur part et portion virile. Il importe peu, dès lors, que la partie poursuivie ait acquiescé à la demande ainsi divisée, ou qu'il soit intervenu un jugement de condamnation. C'est que la division entre simples cautions est plus favorable que la renonciation à la solidarité, et que le créancier est censé n'avoir divisé sa demande que pour prévenir l'exception de division (1).

9. Il s'ensuit que, tant que le débiteur n'a pas acquiescé a la demande, ou qu'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation, le créancier peut rectifier, augmenter, changer ses conclusions dans le sens du maintien de la solidarité et de tous ses droits en général.

10. Ces mots, *pour sa part*, n'ont d'abord rien de sacramentel ; ils peuvent être remplacés par des équivalents. Il suffit que, dans le libellé et les conclusions de la demande, il soit clairement établi que le créancier consent la division de la dette, et n'exige du débiteur que le payement de sa part.

(1) ZACHARIÆ, T. 3, pag. 161, n[te] 18. — DURANTON, T. 18, n° 347. — TROPLONG, *Caut.*, n[os] 319 et suiv.

11. Il faut ensuite, pour que le créancier soit censé renoncer, que la demande ne contienne aucune réserve de la solidarité ou de ses droits en général. L'énonciation d'une pareille réserve, habituelle, du reste, dans la pratique, contredit l'expression de division et en neutralise les effets. Le dernier paragraphe de l'article 1211 ne parle point de cette exception, mais elle est de droit. D'ailleurs, ce dernier paragraphe se lie aux deux autres qui le précèdent par ces termes, *il en est de même,* qui leur servent de trait d'union. Or, dans le premier paragraphe, l'article fait exception pour le cas où il a été fait réserve de la solidarité ou des droits en général. Cette exception vient donc également prendre place dans les dispositions finales de l'article (1).

12. Ceci nous conduit à deux observations : c'est que le créancier n'est pas censé renoncer, lorsqu'il demande à l'un des codébiteurs une somme égale à la portion dont il est tenu, si la demande ne porte que c'est pour sa part; c'est enfin que la renonciation ne s'applique qu'au débiteur contre lequel la demande a été formée.

Article 1212.

Le créancier qui reçoit divisément et sans réserve la portion de l'un des codébiteurs dans les arrérages ou intérêts de la dette, ne perd la solidarité que pour les arrérages ou intérêts échus, et non pour ceux à échoir, ni pour le capital, à moins que le payement divisé n'ait été continué pendant dix ans consécutifs.

Sommaire.

1. Renonciation à la solidarité quant aux arrérages ou intérêts échus.
2. De la demande de ces intérêts ou arrérages.
3. La renonciation ne les embrasse pas toujours en totalité.

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 277.—Duranton, t. 11. n° 234.—Zachariæ, t. 2, pag. 272, n[te] 39.

4. De la renonciation quant au capital et aux intérêts à échoir.
5. Continuité du payement divisé.
6. Pluralité des payements.
7. Suite.
8. Suite. Hypothèses diverses.
9. La remise de la solidarité est personnelle.
10. *Quid*, s'il n'y a pas de quittances écrites?
11. Le créancier doit être capable ou régulièrement représenté.

COMMENTAIRE.

1. L'article 1212 prévoit deux cas de renonciation à la solidarité, l'un relatif aux intérêts ou arrérages échus, l'autre relatif au capital lui-même. Nous les examinerons successivement.

Le premier, celui qui est relatif aux intérêts ou arrérages échus, rentre, ainsi que nous allons le voir, dans les dispositions mêmes de l'article 1211. Le créancier qui reçoit divisément et sans réserve la portion de l'un des codébiteurs dans les arrérages ou intérêts de la dette, ne perd la solidarité que pour les arrérages ou intérêts échus, et non pour ceux à échoir, ni pour le capital (1212). Cette disposition, en ce qui concerne le principe même de la renonciation à la solidarité, est calquée sur le premier paragraphe de l'article 1211, et son commentaire se complète naturellement par celui de cet article.

Ainsi, le créancier ne perdra point la solidarité, quant aux intérêts ou arrérages échus, lorsqu'il n'a fait que recevoir de l'un des codébiteurs une somme égale à la portion d'intérêts ou d'arrérages dont il est tenu, s'il ne l'a reçue divisément, c'est-à-dire si la quittance ne porte que c'est pour sa part (1), à moins qu'il n'ait réservé, dans cette quittance, la solidarité ou ses droits en général.

2. Il en est de même de la simple demande d'intérêts ou d'arrérages échus, formée contre l'un des codébiteurs pour sa

(1) MARCADÉ, art. 1212. — RODIÈRE, n° 151. — Voy. encore ZACHARIÆ, T. 2, pag. 272, n[te] 38. — DURANTON, T. 11, n° 236.

part, si celui-ci n'a pas acquiescé à la demande, ou s'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation.

Les intérêts ou arrérages échus constituent ainsi, sous le rapport de la remise de la solidarité en ce qui les concerne, une dette solidaire distincte de celle du capital et des intérêts ou arrérages à échoir.

3. Dans le cas même où il y a renonciation à la solidarité pour les intérêts ou arrérages échus, cette renonciation ne doit pas être considérée comme les embrassant toujours et indistinctement dans leur totalité. Elle ne s'applique, en effet, qu'à ceux qui ont fait l'objet spécial de la quittance, à ceux dont le créancier a reçu la totalité ou un simple à-compte, de la part d'un codébiteur, divisément et pour sa portion. Les termes de la quittance étant le principe même de la remise de la solidarité, cette remise ne peut être étendue à des intérêts ou arrérages, même échus, autres que ceux qui y ont été spécialement compris. Ainsi, supposons que deux années d'intérêts ou d'arrérages soient échues, et que le créancier reçoive divisément et pour sa part, de l'un des codébiteurs solidaires, sa portion dans la première annuité spécialement; il ne perdra la solidarité que pour cette annuité, et non pour la seconde (1).

Si la loi parle d'intérêts ou d'arrérages échus, ce n'est donc pas qu'elle signifie que, dans tous les cas, la remise de la solidarité les comprend tous; mais seulement qu'ils sont les seuls, par opposition aux arrérages ou intérêts à échoir, auxquels cette renonciation puisse s'appliquer.

4. La remise de la solidarité s'étend bien du capital aux intérêts échus ou à échoir; mais elle ne s'étend des intérêts au capital que sous certaines conditions déterminées par notre article. C'est le troisième mode de renonciation.

D'après notre ancienne jurisprudence, le créancier n'était censé remettre la solidarité que lorsque, pendant trente ans,

(1) ZACHARIÆ, T. 2, pag. 272, n^te 38. — DURANTON, T. 11, n° 236.

il avait, sans interruption, reçu de l'un des codébiteurs, divisément et pour sa part, sa portion dans les intérêts ou arrérages. Il n'était même censé y renoncer que pour les intérêts ou arrérages à échoir, et nullement pour le capital : résultat inconséquent et bizarre, qui donnait aux accessoires de la dette le caractère d'une obligation divisée, et maintenait, pour le principal, celui d'obligation solidaire (1).

Le Code Napoléon a admis en principe cette remise de la solidarité, et, en l'appliquant même au capital, il n'exige plus qu'un payement divisé continué pendant dix ans consécutifs, au lieu de trente ans. Cette série continue de payements divisés lui a semblé suffisante pour établir, de la part du créancier, l'intention formelle de renoncer même à la solidarité pour le capital. Et, il faut bien le dire, cette présomption n'est pas sans force, quand on songe qu'il a constamment, et avec connaissance, divisé sa créance d'intérêts ou d'arrérages, sans faire aucune de ces réserves conservatoires et interruptives qu'il lui était si facile d'insérer dans une quittance, s'il n'avait entendu abdiquer purement et simplement le bénéfice de la solidarité.

5. Nous savons ce que c'est qu'un payement divisé; c'est celui qui est fait et accepté avec une expression de part. Car les dispositions des articles 1211 et 1212, quelle que soit la diversité de leur objet, sont dominées par le même principe, concernant la division de la dette à titre de part. C'est ce qui résulte évidemment des termes mêmes de l'article 1211, qui, en parlant du payement divisé d'une portion, indiquent par là même que ses dispositions sont en corrélation nécessaire avec l'article précédent. Des payements continués par division, pendant dix ans consécutifs, de la part de l'un des codébiteurs, n'emportent donc pas renonciation à la solidarité, si les quittances ne portent que c'est pour sa part. Cette vérité est trop claire pour que nous insistions (2).

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 279.
(2) Marcadé, art. 1212. — Rodière, n° 151.

Nous rappellerons seulement qu'il n'y a point de termes sacramentels pour exprimer cette division. Ainsi, lorsqu'une rente aura été, pour son recouvrement, partagée par moitié à la charge de chaque codébiteur, et que les quittances porteront, *reçu tant pour la rente due par tel*, sans aucune espèce de réserves, il y a dans ces faits une expression suffisante de la division effectuée. Car les termes mêmes des quittances semblent exclure l'idée d'un autre codébiteur, et ne font que mieux caractériser par là un payement divisé par portion virile.

Mais nous ne savons pas encore ce que la loi entend par la continuité de ce payement pendant dix ans consécutifs. On est même forcé de reconnaître que les termes de l'article 1212 n'offrent pas sur ce point toute la clarté désirable, et que leur ambiguité peut donner lieu à de sérieuses difficultés d'interprétation.

Nous devons donc peser avec soin chacune de ses expressions. Le payement divisé doit être continué; cette continuité suppose nécessairement la pluralité des payements. On ne la comprend pas, en effet, d'une autre manière ; et il serait ridicule de dire d'un payement divisé unique qu'il doit être continué, si l'on ne voulait signifier qu'il doit être répété. Cette interprétation devient une vérité de toute force par le rapprochement des mots, pendant dix ans consécutifs, qui terminent l'article. Il est évident qu'il exige plusieurs payements. Nous dirons bientôt combien il en exige.

Ces payements divisés doivent être continués, c'est-à-dire que, s'il en intervenait un seul qui ne fût point divisé, ou lors duquel le créancier se fût réservé tous ses droits, avant que la renonciation à la solidarité fût acquise, il y aurait alors une interruption qui marquerait un nouveau point de départ pour les payements à venir. Ce serait à recommencer les payements sur nouveaux frais. La continuité signifie donc l'absence de toute interruption, de toute intervention d'un payement d'une autre nature.

Voilà donc les trois circonstances essentielles auxquelles la

loi attache une présomption légale de remise de la solidarité; division des payements, leur continuité, leur pluralité.

6. Mais combien en faut-il? L'article 1212 parle de leur continuité pendant dix ans consécutifs. Cette mesure de dix années est évidemment celle de leur multiplicité. Ils doivent être de dix au moins pour dix ans consécutifs. Ceci nous paraît résulter de l'économie même de la loi. Elle s'occupe d'intérêts ou d'arrérages, toutes choses qui sont en général exigibles à termes annuels. Elle détermine une période de dix années consécutives; elle suppose des payements divisés. N'est-il pas manifeste qu'avec cette période de dix ans elle fait coïncider les payements divisés des dix annuités successives? Que l'on suppose donc un créancier qui, pendant dix ans consécutifs, d'année en année, sans interruption, a reçu de l'un des codébiteurs solidaires le payement divisé, pour sa part, des intérêts ou arrérages échus; ce créancier sera littéralement dans les termes de notre article.

7. Mais les faits ne sont pas toujours d'accord avec cette périodicité régulière, et c'est ici que commencent les difficultés.

Les intérêts ou arrérages peuvent, en effet, n'avoir pas été payés avec ponctualité, à leurs échéances annuelles. Deux ou trois années se sont accumulées. Les annuités ont été payées à-compte par à-compte. En somme, pourvu que les payements divisés aient été continués sans interruption, qu'ils aient été répétés au moins au nombre de dix, et qu'ils embrassent au moins les intérêts ou arrérages de dix ans consécutifs, il y aura encore, dans ce cas, renonciation à la solidarité. Il suffira donc que les payements d'à-compte sur une annuité compensent, sous le rapport du nombre, le payement en bloc de plusieurs années accumulées. Que l'on veuille bien remarquer, en effet, que la remise de la solidarité se fonde moins sur le chiffre et l'importance de la somme payée, que sur la multiplicité et la continuité des payements opérés avec divi-

sion. Or, comme payement divisé, le payement d'un simple à-compte sur une annuité échue vaut autant que le payement d'une annuité complète, ou de plusieurs annuités accumulées.

Mais, y eût-il dix, quinze payements divisés et continus, s'ils n'embrassaient pas une période de dix années consécutives, ils seraient sans effet, comme signe de renonciation à la solidarité pour le capital et les intérêts à venir. Car, outre leur multiplicité, la loi veut leur continuité pendant dix ans consécutifs.

8. M. Toullier (1) se fait cette question : s'il n'y avait que deux années accumulées dans une seule quittance réunie à huit autres quittances, l'extinction de la solidarité serait-elle opérée? Et il répond : je crois que la question serait abandonnée à la prudence des juges, la disposition du Code n'étant point assez précise pour être considérée comme une règle rigoureuse.

Cette opinion nous paraît, au contraire, formellement repoussée par la saine entente de la loi, telle que M. Toullier lui-même l'a interprétée. Il reconnaît, en effet (2), que la présomption n'a de force qu'à raison de la multiplicité des payements divisés, et de leur continuité pendant dix années consécutives, constatée par des quittances différentes : d'où il conclut que deux ou trois quittances d'intérêts accumulés pendant dix ans, et payés divisément en deux ou trois époques différentes, ne suffiraient pas pour satisfaire aux dispositions de la loi. Si cette conséquence est vraie, et elle ne saurait être contestée, nous y trouvons la condamnation précise d'une opinion qui ne peut entrer dans les termes de l'article 1212 que par une brèche faite à sa lettre comme à son esprit.

Nous devons, toutefois, observer que, si la quittance de plusieurs annuités cumulées ne doit compter que pour une, il n'en est pas de même de la quittance qui constate plusieurs payements divisément opérés à des époques différentes. Cette

(1) T. 6, n° 745, en note.
(2) *Conf.*, DURANTON, T. 11, n° 236.

quittance doit compter pour autant de quittances qu'il y a eu de payements faits et constatés par elle. Car elle établit le fait essentiel sur lequel est fondée la renonciation ; c'est que le créancier, à diverses reprises, a reçu du codébiteur des payements divisés d'intérêts, pour sa part. Or, pour être établis dans une quittance unique, les payements n'en sont pas moins des payements répétés et constituant une série de payements.

9. Comme dans les autres cas prévus par les articles précédents, le bénéfice de cette renonciation à la solidarité est tout personnel à celui des codébiteurs qui a fait les payements pour sa part. L'obligation continue, en conséquence, à être solidaire, à l'égard des autres.

10. En parlant de quittances, les articles 1211 et 1212 ne subordonnent pas la renonciation à la solidarité, à la condition que les payements divisés seront constatés par des quittances écrites. De quelque manière que les payements de cette nature soient établis, pourvu qu'ils le soient légalement, ils n'en fondent pas moins la présomption légale sur laquelle est basée la renonciation du créancier à la solidarité. Le consentement qu'il est alors réputé avoir donné à la division de la dette, est en effet indépendant du genre de preuve admissible, en ce qui concerne les payements qu'il a reçus.

11. Comme la renonciation à la solidarité est ici fondée sur le consentement présumé du créancier, il doit être capable de donner un consentement valable (1), ou, s'il est en état d'incapacité, être représenté régulièrement, sans préjudice des autres vices dont son consentement peut être d'ailleurs entaché. Cette observation s'applique également aux deux hypothèses prévues par les articles 1211 et 1212. Car ce dernier article, en exigeant une série continue de dix payements divisés pour dix ans consécutifs, n'établit rien qui ressemble à une

(1) DURANTON, T. 11, n° 237.

prétendue prescription de la solidarité qui puisse être opposée même aux incapables.

ARTICLE 1213.

L'obligation contractée solidairement envers le créancier se devise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion.

Sommaire.

1. L'obligation solidaire se divise de plein droit entre les codébiteurs.
2. Mais ils peuvent la diviser inégalement.
3. Genre de preuve admissible.

COMMENTAIRE.

1. Nous nous sommes jusque-là spécialement occupé des rapports du créancier avec les codébiteurs solidaires; nous allons maintenant parler des rapport des codébiteurs entre eux.

Nous l'avons déjà dit: toute obligation solidaire, à raison même du concours des personnes qui y prennent part, commence par être une obligation conjointe. Si, dans les relations du créancier avec les codébiteurs, elle conserve, sous certains rapports, ce caractère que nous appellerons son état même rudimentaire, elle le garde surtout dans les relations des codébiteurs entre eux. Chacun d'eux est en effet censé, vis-à-vis de son consort, s'être engagé individuellement pour soi et pour une part égale et virile. Aussi, l'article 1213 dispose-t-il que l'obligation contractée solidairement envers le créancier, se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que pour leur part et portion.

2. Tel est le principe. Mais, comme ils sont maîtres de régler entre eux l'étendue de leurs engagements, ils peuvent par des conventions particulières, arrêtées au moment du contrat ou à une époque postérieure, répartir l'obligation solidaire dans des proportions inégales sur la tête de chacun.

Si l'obligation résulte d'une disposition testamentaire, la volonté du testateur sera la règle de la répartition entre les coobligés; et, si la solidarité a été prononcée par jugement pour un délit ou quasi-délit, ils seront tenus dans les proportions ordonnées par les juges. Mais il ne faut pas oublier que la division en portions égales ou viriles est la règle, et que l'inégalité des parts contributives est l'exception, même dans les rapports des codébiteurs entre eux.

3. Quant à la preuve d'une inégale répartition, elle ne peut se faire par témoins que dans les cas où ce genre de preuve est admissible, conformément aux règles générales du droit. Ainsi, l'acte constitutif de la dette établissant de droit une contribution égale, la preuve contraire doit se faire par écrit ou à l'aide d'un commencement de preuve écrite, appuyé de témoignages ou de présomptions (1).

Article 1214.

Le codébiteur d'une dette solidaire qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que les parts et portions de chacun d'eux. — Si l'un d'eux se trouve insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité se répartit, par contribution, entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le payement.

Sommaire.

1. Principe du recours des codébiteurs entre eux. Renvoi.
2. Ce qu'il faut entendre par payement.
3. Application aux codébiteurs solidaires de l'article 2031.
4. Principe général.
5. Du cas où un à-compte a été payé. Hypothèses diverses.
6. Si plusieurs ont payé partiellement, règlement entre eux.
7. Celui qui paye est subrogé. Renvoi.
8. Des frais payés par l'un d'eux.
9. De la répartition des insolvabilités.

(1) Rodière, n° 130.

COMMENTAIRE.

1. La répartition de l'obligation solidaire entre les codébiteurs sert de mesure au recours qu'ils ont à exercer l'un contre l'autre en cas de payement. Le codébiteur qui a payé la dette en entier ne peut répéter contre les autres que la part et portion de chacun d'eux.

De ces expressions restrictives nous aurons plus tard, en traitant de la subrogation légale, occasion de tirer la conséquence que le codébiteur qui a payé la dette solidaire en entier ne peut répéter contre les autres la totalité de la dette, sous la déduction de sa part personnelle confuse en lui, alors même qu'il se serait fait consentir une subrogation expresse de la part du créancier. Nous indiquons seulement la question sans la discuter.

2. Le payement dont la loi fait ici la cause d'un recours à exercer, doit s'entendre de tout acte qui produit l'extinction de l'obligation, et la libération de tous les codébiteurs envers le créancier, d'une manière définitive, irrévocable. Il ne suffirait pas que l'acte ne produisît que des effets provisoires ou conditionnels.

3. Le codébiteur solidaire doit prévenir les autres du payement qu'il a fait, afin de mieux assurer l'intégralité de son recours. Il n'a point, en effet, d'action en indemnité contre celui ou ceux qui ont payé une seconde fois, lorsqu'il ne les a point avertis du payement par lui effectué, sauf son action en répétition contre le créancier. Nous lui appliquons ainsi le premier paragraphe de l'article 2031. C'est qu'alors le payement qu'il a opéré n'ayant point tourné à l'acquit des autres, faute par lui de les en avoir prévenus, son recours contre eux manque de base.

Il y a mieux : Il n'aurait même aucun recours à exercer contre ceux des autres codébiteurs qui n'ont rien payé, alors même qu'il les aurait prévenus. Ce recours appartient exclusivement à celui ou à ceux qui ont payé régulièrement une

seconde fois, sans avoir été avertis, et quoiqu'ils aient eu soin de prévenir les autres. Autrement, s'ils n'avaient à répéter que contre le créancier qui a indûment reçu, ils pourraient éprouver un préjudice par suite de la négligence et de l'incurie de leur consort qui, sans les prévenir, a payé une première fois. Leur bonne foi leur assure donc un recours aussi complet, aussi entier, nonobstant le premier payement dont ils n'ont point été avertis, que si, en réalité, ils avaient été les seuls et les premiers à acquitter la dette solidaire.

Cependant, le débiteur qui aura payé une seconde fois sans être poursuivi et sans avoir averti celui qui a payé une première fois, n'aura point de recours contre lui, ni contre les autres, à son préjudice, parce qu'au moment du second payement, il avait un moyen, résultant du payement par lui précédemment effectué, pour faire déclarer la dette éteinte. Le débiteur qui a payé une seconde fois, sans avertir, ou sans tenir compte de l'avis d'un payement antérieur, aura seulement une action en répétition contre le créancier. Nous appliquons encore ici le second paragraphe de l'article 2031. De même, en effet, que celui qui paye le premier est en faute s'il ne prévient pas les autres, de même aussi celui qui paye le second est en faute, même plus grave, s'il paye sans être poursuivi et sans avertir ses consorts.

Si le créancier les avait amenés, par des manœuvres frauduleuses, à lui faire un double payement, de telle sorte qu'aucun d'eux ne fût plus en faute que l'autre, ils auraient alors à exercer leur recours, soit contre le créancier, soit contre les autres coobligés, proportionnellement aux sommes par eux respectivement payées. Ils se trouvent ainsi associés, par une communauté de faute ou d'infortune, dans l'exercice de leur action récursoire.

4. Nous sommes conduits à généraliser ce principe ; c'est que le codébiteur qui a payé, sans donner avis à ses consorts, n'a point de recours à exercer contre celui ou ceux d'entre eux qui, au moment du payement, avaient un moyen com-

mun, comme la prescription, ou personnel pour faire déclarer la dette éteinte ou nulle à leur égard. Du moment que le payement a été effectué sans avantage pour eux, puisqu'ils avaient un moyen de libération, ils ne sont passibles, de la part de celui qui a payé, d'aucune sorte de recours.

5. Il semble résulter des termes de l'article 1214, que le recours ne peut être exercé qu'à la condition que la dette aura été acquittée en entier. Il y aurait, à l'entendre dans ce sens, une très grave erreur. Si la loi suppose la dette payée en entier, c'est uniquement pour déterminer la portée du recours de celui qui l'a acquittée, et pour l'étendre, dans cette hypothèse, jusqu'à la part personnelle de chacun des coobligés dans la dette. Mais elle ne veut point dire que le débiteur qui n'a payé qu'une partie de l'obligation soit, par cela même, dans tous les cas, sans droit pour se faire indemniser par les autres.

En effet, si l'un des codébiteurs paye l'un des termes échus de la dette, il pourra, pour ce terme acquitté par lui et comme s'il constituait une dette particulière, exercer son recours pour les parts et portions des autres, sans attendre que les autres termes soient échus et qu'il les ait lui-même remboursés (1).

Il en est de même pour les intérêts ou arrérages qu'il aurait payés, le capital n'étant point d'ailleurs exigible.

Pour le cas où il aurait payé un simple à-compte sur la dette solidaire échue, sans qu'il soit besoin de distinguer s'il a payé plus ou moins que sa part contributive, il a toujours un recours en indemnité à exercer. A-t-il payé moins; il est vrai qu'il ne s'est même pas libéré pour sa part réelle; cependant, il n'en est pas moins incontestable que son payement a opéré une extinction partielle de la dette, et qu'il a ainsi tourné à la libération des autres coobligés. Ils doivent donc l'indemniser contributoirement, l'obligation étant solidaire dans chacune de ses parties comme dans sa totalité.

A-t-il payé au-delà de sa portion contributive; il est égale-

(1) Duranton, t. 11, n° 245.

ment en droit d'exercer, d'ores et déjà, contre ses consorts, une action en recours non seulement pour cet excédant, mais encore pour tout ce qu'il a payé, au prorata de la portion pour laquelle chacun d'eux contribue à l'obligation solidaire. Il l'a, en effet, payée en leur acquit. En vain les autres prétendraient-ils que la solidarité les expose à payer individuellement plus que leur part, puisque chacun d'eux peut être poursuivi en payement de ce qui reste dû. Car le payement que l'un d'eux pourra faire ne viendra jamais en l'acquit de celui qui déjà a remboursé plus que sa part, mais seulement en l'acquit des autres qui ont moins payé, ou même n'ont rien payé du tout, et contre lesquels seuls un recours en indemnité sera conséquemment ouvert. Il faut enfin remarquer qu'ils ont d'autant moins à payer que leur consort a déjà acquitté une partie de la dette commune, et que, sous ce rapport encore, ils profitent du payement qu'il a fait.

On aurait tort de prétendre que, dans ce cas, on ne doit ouvrir au codébiteur qui a payé, qu'un recours actuel limité à la somme dont il est d'ores et déjà certain que les autres sont déchargés (1). Que l'on suppose, par exemple, trois codébiteurs d'une dette solidaire de vingt-quatre mille francs. L'un paye dix-huit mille francs. Six mille francs restent dus, qui peuvent être demandés contre un seul. Or, chacun ne doit que huit mille francs pour sa part contributive; donc, le recours à exercer contre lui doit être limité, pour le moment, à la somme de deux mille francs. Le premier se trouvera ainsi avoir payé quatorze mille francs, et chacun des deux autres, deux mille francs seulement.

C'est ce mode de calcul que nous repoussons. Il nous paraît arbitraire à force de timidité. Il établit, contrairement au système général de la loi, une inégalité choquante entre les codébiteurs. Le nôtre, au contraire, rétablit entre tous une égalité parfaite, fondée sur les principes essentiels de la solidarité, et sur le profit même qui résulte pour tous du payement

(1) Voy. DURANTON, t. 11, n° 245.

effectué, en laissant, d'ailleurs, à la charge et aux risques de tous également les poursuites solidaires du créancier pour ce qui reste dû, et les périls des insolvabilités éventuelles. Ainsi, dans notre hypothèse et suivant nos calculs, le créancier qui a payé dix-huit mille francs sur vingt-quatre mille francs, pourra répéter six mille francs contre chacun des autres obligés immédiatement; et celui d'entre ces derniers qui payera les six mille francs restés dus, aura à répéter contre chacun des autres deux mille francs; tandis que, si le payement est parachevé par le premier, il aura de même à répéter deux mille francs contre chacun, sauf la contribution dans les insolvabilités, s'il y a lieu.

6. Si plusieurs des codébiteurs ou même tous avaient acquitté séparément diverses parties de la dette, il y aurait à régler entre eux leur recours mutuel par les principes de la compensation. Le recours de chacun d'eux se réduirait alors, de plein droit, jusqu'à concurrence des sommes que son consort aurait à répéter lui-même contre lui.

7. Comme légalement subrogé, le codébiteur peut exercer, pour le remboursement de son indemnité, les droits, actions, privilèges et hypothèques du créancier. Mais, quoique l'obligation, par l'effet même de la subrogation légale, ne soit nullement modifiée dans les mains du subrogé, il peut, en vertu du mandat contenu dans la solidarité, exiger que les autres codébiteurs lui remboursent leurs portions contributives, avec intérêts à partir du jour du payement. Il a, sous ce rapport, plus de droits que le créancier lui-même, auquel il est subrogé, puisqu'il cumule les avantages du mandat avec ceux de la subrogation légale (1).

8. Quant aux frais qu'il aurait faits lui-même, ou ceux auxquels il aurait été condamné, il ne peut se les faire rembourser, parce que, outre qu'ils lui sont personnels, comme peine

(1) Voy. 1153, nº 37.

encourue par le plaideur téméraire, ils n'ont point tourné à l'acquit ni au profit de ses consorts. Il est ainsi dans une position différente de celle de la caution, qui a un recours pour les frais par elle faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle (2028).

Cependant, si l'un des débiteurs poursuivis par le créancier s'empressait d'offrir sa part contributive dans la dette, et qu'en dénonçant aux autres coobligés les poursuites dirigées contre lui, il les appelât à sa garantie, pour qu'ils eussent eux-mêmes à payer leurs parts, dans ce cas, il serait fondé à se faire allouer contre eux, non seulement ses frais personnels à partir de la dénonciation des poursuites, mais encore ceux auxquels il aurait été condamné à l'égard du créancier. Ce n'est, en effet, que par la faute et la contumace des autres codébiteurs que les poursuites ont été poussées plus avant. Il dépendait d'eux de les arrêter, en se réunissant à leur coobligé pour satisfaire, par une contribution commune, leur créancier solidaire.

Ils pourraient même être passibles envers lui de dommages et intérêts, suivant les circonstances.

9. Si l'un des débiteurs solidaires se trouve insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité se répartit par contribution entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le payement (1214). Comme chacun d'eux, par l'effet de la solidarité, peut être contraint pour la totalité de la dette, et qu'il a engagé sa solvabilité personnelle pour le tout vis-à-vis du créancier, et contributoirement vis-à-vis de ses consorts, l'insolvabilité de l'un d'eux est une perte commune qui doit se répartir entre tous.

Cette répartition a lieu contributoirement, c'est-à-dire qu'elle s'opère au prorata de l'intérêt que chacun des coobligés a pris dans la dette. La part contributive de chacun dans les insolvabilités sera donc proportionnelle à sa part contributive dans l'obligation; de telle sorte que celui que l'affaire ne concerne pas, et est ainsi, par rapport aux autres, réputé simple caution (1216), ne doit pas y contribuer.

Les insolvabilités auxquelles les débiteurs doivent contribuer entre eux, sont seulement celles qui existaient au moment où l'un d'eux a acquitté la dette solidaire, et où ce payement opéré par lui a amené entre tous la division. Quant à celles survenues depuis, la perte qu'elles ont occasionnée demeure à la charge du débiteur qui a payé, sans qu'il puisse, pour cette cause, exercer de recours contre les autres. C'était à lui d'agir plus tôt et de ne pas attendre que quelques-uns des codébiteurs devinssent insolvables. Il doit donc supporter personnellement les conséquences de sa négligence et de son incurie, comme fait le créancier que les cofidéjusseurs ont forcé de diviser préalablement son action, et de la réduire à la part et portion de chacun d'eux (2026).

Article 1215.

Dans le cas où le créancier a renoncé à l'action solidaire envers l'un des débiteurs, si l'un ou plusieurs des autres codébiteurs deviennent insolvables, la portion des insolvables sera contributoirement répartie entre tous les débiteurs, même entre ceux précédemment déchargés de la solidarité par le créancier.

Sommaire.

1. De la répartition des insolvabilités.
2. Entre qui elle a lieu.
3. Celui qui renonce se charge des insolvabilités passées, présentes et futures.
4. Du cas où le codébiteur déchargé prend dans la dette une part plus forte.
5. De celui où l'un des débiteurs paye toute la dette, dans l'ignorance de la remise de la solidarité.

COMMENTAIRE.

1. La renonciation du créancier, à l'égard de l'un des codébiteurs, au bénéfice de la solidarité, ne peut nuire qu'à lui. Elle ne saurait modifier l'obligation solidaire d'une manière préju-

diciable aux autres codébiteurs. Or, elle leur causerait évidemment préjudice, s'ils devaient supporter seuls la perte des insolvabilités dont la répartition, se faisant entre un plus petit nombre, n'en serait que plus onéreuse pour chaque individu. Aussi, dans le cas où le créancier a renoncé à l'action solidaire envers l'un des débiteurs, si l'un ou plusieurs des autres codébiteurs deviennent insolvables, la portion des insolvables sera contributoirement répartie entre tous les débiteurs, même ceux précédemment déchargés de la solidarité (1215).

2. A s'arrêter au sens littéral de l'article, il semble que la répartition qu'il prescrit a pour but de faire subir aux débiteurs déchargés de la solidarité les conséquences de l'insolvabilité de l'un ou de plusieurs autres débiteurs qui n'en ont point été déchargés. Tel n'est point le sens de la loi. En effet, les débiteurs à l'égard desquels le créancier a fait remise de la solidarité, sont devenus, par suite de cette renonciation, débiteurs simplement conjoints, et ont cessé dès lors d'être responsables les uns de l'insolvabilité des autres. Ils n'ont été désormais tenus que de leurs parts et portions dans la dette.

D'un autre côté, nous venons de voir que les autres codébiteurs restés dans les liens de la solidarité, ne doivent point supporter la part d'insolvabilité afférente à leurs consorts qui en ont été déchargés. Elle retombe donc nécessairement à la charge du créancier. Si la loi veut qu'on en fasse la répartition indistinctement entre tous, ce n'est, en définitive, que pour donner la mesure de la réduction que le créancier doit subir sur son action solidaire. S'il peut encore solidairement agir contre ceux à l'égard desquels il n'a pas renoncé, il ne le peut jamais que sous la déduction des parts de ceux qu'il a déchargés, et, en outre, de leurs parts contributives dans les insolvabilités. L'article 1215 complète ainsi l'article 1210 (1).

Nous avons supposé que le créancier n'avait renoncé à la

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 275. — Toullier, t. 6, n° 739. — Zachariæ, t. 2, pag. 271, n° 37. — Duranton, t. 11, n° 224. — Rodière, n° 138. — *Contrà*, Marcadé, art. 1215.

solidarité qu'en recevant un payement effectif du codébiteur qu'il a déchargé, ou en lui faisant remise de sa part virile dans la dette. Mais, s'il n'a fait que renoncer à la solidarité, sans rien recevoir et sans rien remettre, outre l'action divisée qu'il a contre le codébiteur déchargé de la solidarité, il conserve pour le tout, et sans réduction, son action solidaire contre les autres, sous la déduction seulement de la part contributive dans les insolvabilités du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité, part dont il reste personnellement tenu, au lieu et place de celui-ci (1).

3. Nous ajouterons que le créancier qui a divisé son action, c'est-à-dire renoncé à la solidarité volontairement, ne peut revenir contre cette renonciation, quoiqu'il y eût même antérieurement au temps où il l'a consentie des codébiteurs insolvables (2027). Il est censé prendre à sa charge les insolvalités passées, présentes et futures.

4. Il est un cas cependant où le codébiteur déchargé de la solidarité est encore passible d'un recours en indemnité de la part des autres codébiteurs. C'est lorsque sa part contributive dans la dette est supérieure à celle des autres. Nous avons en effet établi plus haut que le créancier, en renonçant à la solidarité, ne fait que consentir, par rapport au codébiteur déchargé, à une division de la dette en parts égales ou viriles, à moins qu'une répartition différente n'en ait été faite contradictoirement avec lui, soit dans l'acte qui la constitue, soit dans un acte postérieur. Or, de même qu'il ne doit déduire de l'action solidaire qu'il a conservée contre les autres, qu'une part virile afférente au codébiteur déchargé, de même il n'en doit non plus déduire que la part des insolvabilités proportionnelle à cette part virile. Mais alors, comme le débiteur déchargé est en réalité tenu pour une portion plus forte dans la dette, il doit supporter cet excédant pour lequel le créancier n'est point censé lui avoir remis la solidarité. Celui des

(1) DURANTON, T. 11, n° 231. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 271, n° 36.

autres codébiteurs qui aura payé la dette aura ainsi contre lui un recours en remboursement de cet excédant, et d'une part correspondante dans les insolvabilités.

5. Si l'un des codébiteurs non déchargés de la solidarité payait toute la dette, dans l'ignorance de la remise faite à un autre, mais après l'avoir averti, il pourrait exercer son recours, même contre celui à l'égard duquel la renonciation a eu lieu. Il serait sans doute également fondé à agir contre le créancier en répétition de l'indû. Mais, comme celui-ci peut être insolvable, il est juste de lui accorder le recours ordinaire contre son consort, sauf à ce dernier à appeler le créancier à sa garantie. Autrement, les codébiteurs non déchargés pourraient éprouver un préjudice, par le fait de leur consort et la renonciation du créancier à son égard.

Notons toutefois que, si l'un des coobligés avait payé la dette entière, sans être poursuivi et sans avoir averti le codébiteur à l'égard duquel il a été fait remise de la solidarité, il n'aurait aucun recours à exercer contre ce dernier, parce qu'il avait un moyen pour faire déclarer la dette éteinte ou réduite, par rapport à lui (2031) (1). Il aurait seulement contre le créancier la répétition de l'indû.

Nous sommes, par exemple, trois coobligés qui vous devons solidairement trois mille francs. Vous faites remise à l'un de nous de la solidarité, et je paye la totalité de la dette. Mais il arrive que l'un de nous est insolvable. Je n'en aurai pas moins le droit d'exercer contre l'autre mon recours, et pour son tiers dans la dette, et pour sa part dans l'insolvabilité, sauf son action récursoire contre le créancier. Mais, si je ne l'avais pas prévenu de mon payement, celui qui a été déchargé de la solidarité ne devant plus contribuer dans l'insolvabilité, me renverrait pour les cinq cents francs qui forment sa part, à les répéter contre le créancier qui doit les confondre en lui. Je n'aurais non plus d'action que contre ce dernier en répé-

(1) Voy. 1214, n° 3.

tition de l'indû, si mon consort avait effectivement payé sa part virile dans la dette, ou qu'elle lui eût été remise avec réserve du surplus.

Article 1216.

Si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés par rapport à lui que comme ses cautions.

Sommaire.

1. Celui qui n'a pas pris part dans la dette est réputé caution.
2. Conséquences.
3. L'article 2032 s'applique au codébiteur solidaire.
4. A l'égard du créancier, il n'y a que des coobligés solidaires.

COMMENTAIRE.

1. Nous avons en général supposé jusque-là que l'obligation solidaire concernait tous les codébiteurs pour des portions égales ou inégales, mais après tout et en réalité, pour une part quelconque.

Si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés, par rapport à lui, que comme ses cautions (1216), mais sans qu'ils eussent, à l'égard du créancier, ni bénéfice de discussion, ni bénéfice de division.

Si la dette en concernait plusieurs seulement, celui ou ceux qu'elle ne concernerait pas ne seraient de même, à l'égard des autres, réputés que simples cautions.

2. Il s'ensuit que le codébiteur, seul intéressé dans la dette, ne faisant qu'acquitter son obligation, n'a point de recours contre les autres;

Que, s'il n'est pas seul intéressé, il n'a de recours que contre

les cointéressés, et non contre ceux qui sont réputés simples cautions ;

Que ces derniers, en payant la dette, ont un recours à exercer, suivant les termes des articles 2028 et 2029, comme légalement subrogés aux droits du créancier ;

Que, s'il y a plusieurs débiteurs cointéressés dans la dette, celui ou ceux qui ne sont que leurs cautions ont contre chacun d'eux le recours pour la répétition du total de ce qu'ils ont payé (2030) ;

Qu'ils n'ont toutefois de recours, comme cautions, les uns contre les autres, chacun que pour sa part et portion, comme les cofidéjusseurs, et seulement après payement effectif de la dette (2033) ;

Qu'il faut enfin leur appliquer, en leur qualité de cautions, les articles 2031 et 2032 (1).

3. Mais cet article 2032 s'applique-t-il aux codébiteurs solidaires, réellement cointéressés dans la dette? Peuvent-ils, avant d'avoir payé, agir les uns contre les autres, afin d'être indemnisés des sommes pour lesquelles, en cas de payement, ils auraient un recours à exercer? Pourquoi ne le pourraient-ils pas, bien que la reciprocité de l'action doive lui ôter souvent son intérêt, puisque celui qui sera poursuivi en indemnité pourra immédiatement former la même action contre celui qui le poursuit?

Il nous semble d'abord qu'aucune difficulté ne saurait s'élever dans le cas où l'engagement solidaire en contiendrait la clause expresse, ni lorsque les codébiteurs ou l'un d'eux se seraient engagés à rapporter la décharge des autres dans un certain temps. L'inexécution de cette clause suffit alors pour justifier l'action en indemnité.

La question ne peut donc faire difficulté que pour les autres cas prévus par l'article 2032. Or, on a prétendu et jugé (2),

(1) Troplong, *Caut.*, n° 414.
(2) Riom, 18 août 1840. Sirey, 40, 2, 419.

que les codébiteurs solidaires ne pouvaient pas se prévaloir de cet article; qu'il était spécial au cautionnement et étranger à la solidarité. Les raisons de droit et d'équité ne sont-elles cependant pas les mêmes? Pour tout ce qui excède sa part contributive dans la dette, chaque codébiteur solidaire est, par rapport à ses consorts, réputé simple caution; il a un recours à exercer en conséquence; et cette participation personnelle et principale de chaque coobligé dans l'engagement total, fait qu'ils ne peuvent pas être considérés, les uns à l'égard des autres, comme de simples cofidéjusseurs qui, n'ayant contracté qu'une obligation secondaire, n'ont de recours réciproque à exercer entre eux, qu'après avoir effectivement payé la dette dans l'un des cas énoncés dans l'article 2032. L'article 2033 ne fournit donc aucun argument pour repousser l'action en indemnité que nous accordons aux coobligés solidaires, dans les limites où ils sont respectivement considérés comme simples cautions. A ce titre, ils ont les mêmes justes sujets de crainte, le même intérêt à contraindre leurs coobligés à faire cesser le péril, à conjurer le danger d'insolvabilités éventuelles ou même imminentes (1).

La nature spéciale de la solidarité fournit elle-même une raison d'une autorité plus saillante. Nous avons dit qu'elle était fondée sur une pensée de mandat. Pour tout ce qui excède sa part virile, le codébiteur est donc le vrai mandataire de ses consorts, et, en cette qualité, il a droit d'exiger d'eux qu'ils l'aident et l'assistent dans l'exécution de son mandat, en lui procurant, suivant l'étendue de leurs obligations personnelles, les moyens d'y satisfaire (2).

Son action en indemnité n'a d'ailleurs aucun caractère de réparation, puisque le dommage n'est pas encore souffert. Elle est simplement préventive, et n'a d'autre fin que de préserver, d'une façon ou d'une autre, le codébiteur qui l'exerce, du danger de payer de ses deniers propres ce qu'il ne doit pas

(1) Rodière, n° 131.

(2) L. 45, *ff. Mandat.* — Troplong, *Mandat*, n° 653.

personnellement. Mais il devra commencer lui-même par présenter toutes garanties à ses consorts. Cette réciprocité est la condition essentielle de son action, et les tribunaux auront à déterminer, suivant les conjonctures, les moyens les plus propres à donner toutes sûretés aux parties, soit en ordonnant le payement de la dette, la remise ou le dépôt des fonds, soit en autorisant une saisie-arrêt ou toute autre voie de poursuite, soit enfin en prenant toutes mesures conservatoires convenables.

4. Mais, à l'égard du créancier, et au point de vue de ses droits et actions, tous les coobligés sont également réputés codébiteurs solidaires, même ceux qui, en réalité et au fond, ne sont que de simples cautions, parce que l'affaire pour laquelle la dette solidaire a été contractée, ne les concernait pas. S'ils sont considérés comme cautions, ce n'est que par rapport à celui ou à ceux que l'affaire concernait seuls.

Il en résulte qu'ils ne peuvent opposer au créancier aucune des exceptions qui appartiennent même à la caution solidaire.

SECTION V.

DES OBLIGATIONS DIVISIBLES ET INDIVISIBLES.

ARTICLE 1217.

L'obligation est divisible ou indivisible, selon qu'elle a pour objet ou une chose qui, dans sa livraison, ou un fait qui, dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle.

ARTICLE 1218.

L'obligation est divisible, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par sa nature, si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation, ne la rend pas susceptible d'exécution partielle.

Sommaire.

1. Difficultés de la matière.
2. Circonstances où s'applique la théorie de la divisibilité et de l'indivisibilité des obligations.
3. Pourquoi nous réunissons les articles 1217 et 1218.
4. Définition de la divisibilité et de l'indivisibilité.
5. Il y a trois espèces d'indivisibilité. Indivisibilité de contrat.
6. Indivisibilité d'obligation. Exemple. Construction d'une maison.
7. Délivrance d'un emplacement pour bâtir.
8. Différences entre ces deux indivisibilités.
9. Indivisibilité de payement.
10. Comment se graduent ces trois indivisibilités.
11. Elles s'appliquent à toute sorte d'obligations.
12. La divisibilité est la règle.
13. Ce qu'il faut entendre par divisibilité.
14. Il ne faut considérer que l'objet de l'obligation.
15. Renvoi pour les conséquences des principes.

COMMENTAIRE.

1. « Il n'y eut jamais, il n'y a pas encore dans l'océan du droit, de mer plus orageuse, plus profonde, plus dangereuse que cette matière des obligations divisibles et indivisibles. Aussi, les plus grands jurisconsultes l'ont-ils considérée comme une mer impénétrable, comme un inextricable labyrinthe. »

C'est en ces termes que Dumoulin commence son traité, *Extricatio labyrinthi dividui et individui;* et, malgré les promesses un peu orgueilleuses de son livre, on peut le répéter encore après lui.

On peut voir par le nombre et la nature des questions qu'il y traite, et surtout par la manière dont il les explique, que les anciens interprètes du droit avaient accumulé sur ce point toutes les subtilités scolastiques. Dumoulin lui-même, pliant de gré ou de force les lois romaines à ses décisions, a développé sur cette matière, avec le luxe d'une très grande érudition, une théorie confuse, embarrassée, indigeste, où l'on a souvent peine à retrouver les règles de bon sens et d'équité par lesquelles il avait promis de tout expliquer.

Pothier n'a fait que le résumer, pour être à son tour résumé lui-même par les rédacteurs du Code Napoléon.

On comprend que, de résumé en résumé, la matière se soit réduite à quelques dispositions élémentaires, dont les principes généraux ont besoin de développements. Joignez à cela l'aridité naturelle du sujet, la subtilité théorique des questions, les difficultés nombreuses de la pratique, et vous ne serez point surpris que les jurisconsultes aient toujours considéré et considèrent encore aujourd'hui comme matière fort épineuse la théorie des obligations divisibles et indivisibles.

2. Il importe avant tout, pour en comprendre le but et l'utilité, de connaître les circonstances qui donnent lieu à son application. Lorsqu'il n'y a qu'un débiteur unique et qu'un créancier unique, on n'a pas à se préoccuper de la divisibilité ou de l'indivisibilité de l'obligation. L'obligation, même susceptible de division, doit, en effet, être exécutée entre le créancier et le débiteur, comme si elle était indivisible (**1220**), et le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le payement de la dette (**1244**), pas plus que le créancier ne peut forcer le débiteur à faire un payement partiel. Nous nous bornons, quant à présent, à indiquer ces dispositions, sauf à les commenter plus tard.

Mais, que l'on suppose une obligation contractée conjointement par un seul envers plusieurs, ou par plusieurs envers un seul, ou bien enfin par plusieurs envers plusieurs; question de savoir alors si le débiteur peut payer valablement la totalité de la dette à un seul des créanciers; si un seul des créanciers peut exiger la totalité; si un seul des débiteurs peut être contraint à la totalité par le créancier; enfin, si chacun des créanciers a une action pour le tout contre chacun des débiteurs. Il s'agit donc de déterminer l'étendue des obligations de chaque codébiteur, et en même temps l'étendue des droits de chaque cocréancier. Or, nous avons déjà vu qu'entre débiteurs ou créanciers conjoints, la dette se divise passivement ou activement en autant de portions égales ou viriles. Mais, pour qu'elle se divise, il

faut que son objet soit divisible. Il faut donc savoir quand et comment une obligation est divisible ou indivisible, dividuelle ou individuelle, suivant les expressions de nos anciens auteurs.

Que l'on suppose encore un débiteur ou un créancier venant à mourir, et laissant plusieurs héritiers; chacun de ceux-ci succède passivement ou activement à son auteur, et l'obligation se divise entre eux de plein droit. La divisibilité reçoit dès lors application à leur égard, parce qu'ils ne sont saisis de la créance ou tenus de la dette, que pour les parts suivant lesquelles ils représentent le créancier ou le débiteur (1220).

On voit qu'en résumé la distinction des obligations divisibles ou indivisibles n'a d'importance que dans l'un ou l'autre de ces deux cas : lorsque, dès le principe, il y a plusieurs créanciers ou débiteurs conjoints, ou lorsque le débiteur ou le créancier unique dans le principe a laissé plusieurs héritiers qui le représentent, avant l'extinction de l'obligation.

3. Si nous réunissons dans un seul et même commentaire les deux articles 1217 et 1218, c'est que, par leur combinaison, sans donner cependant une double définition de l'obligation indivisible, ils font entrevoir deux espèces d'indivisibilité, auxquelles nous aurons à en joindre une troisième. Or, comme il importe de bien comprendre les caractères de ces diverses indivisibilités, et que leur rapprochement en doit faciliter l'intelligence, il nous a paru plus convenable de confondre dans des explications communes les divers articles qui s'en sont occupés.

4. « L'obligation est divisible ou indivisible, selon qu'elle a pour objet, ou une chose qui, dans sa livraison, ou un fait qui, dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle. » Telles sont les dispositions de l'article 1217. La divisibilité ou l'indivisibilité d'une obligation est donc la possibilité ou l'impossibilité matérielle ou intellectuelle de diviser, dans son payement, l'objet de l'obligation.

Considérées comme qualités de l'obligation, la divisibilité

exprime la propriété d'être divisée, et l'indivisibilité exprime l'absence ou la privation de cette propriété.

Il ne faut pas plus confondre la divisibilité avec la division effective, que l'indivisibilité avec l'indivision. Une obligation peut être divisible sans être effectivement divisée, tandis qu'une obligation ne peut être effectivement divisée sans être divisible. De la division effective, on conclut donc à la divisibilité; mais, de la divisibilité, on ne conclut pas à la division.

D'un autre côté, de ce qu'une obligation est indivisible, on peut bien conclure qu'elle est indivise; mais, de ce qu'elle est indivise ou non divisée, on ne peut conclure qu'elle est indivisible, parce que le fait d'indivision n'implique pas, en droit, la privation de la propriété d'être divisé.

Ainsi, est divisible l'obligation de trois mille francs envers un seul débiteur; cependant, elle est une, et non actuellement divisée. Mais elle est divisée envers et entre les héritiers de ce débiteur, et la part de chacun de ces héritiers sera de même divisible à l'égard de ses héritiers.

Il n'y aura, en conséquence, de payement partiel possible que lorsqu'elle sera effectivement divisée, soit par la volonté du créancier qui reçoit partiellement, soit par le concours de plusieurs héritiers. Et le payement partiel devient libératoire dans ce cas (1).

La divisibilité est la règle, l'indivisibilité l'exception. Il suffira donc d'expliquer les caractères de l'indivisibilité pour faire comprendre tout à la fois quand une obligation est divisible, et quand elle est indivisible.

Il faut même remarquer que les qualités de l'obligation se définissent mieux du côté du débiteur que du côté du créancier (2).

5. Nous commençons par le déclarer avant de l'établir : il y a divers degrés d'indivisibilité qui semblent se classer suivant leur force même d'indivisibilité.

(1) DUMOULIN, *Div. et indiv.*, P. 3, nos 6 et suiv.
(2) DUMOULIN, P. 3, no 21.

Lorsqu'une impossibilité matérielle ou intellectuelle s'oppose à ce que l'objet de l'obligation puisse être divisé matériellement ou intellectuellement, l'obligation est indivisible. C'est même alors l'indivisibilité définie par l'article 1217. Dumoulin (1) l'appelle nécessaire, *individuitas necessaria*, parce qu'elle résulte de la nécessité même des choses, qui ne permet pas que l'objet de l'obligation puisse être promis ou stipulé par parties. Pothier (2) l'appelle, avec non moins de raison, indivisibilité absolue.

A cette espèce d'indivisibilité correspond l'indivisibilité de contrat, *individuum contractu*, comme la nomme Dumoulin (3), parce qu'il est impossible de contracter en dehors de ces conditions d'indivisibilité nécessaire et absolue.

Sont, à ce titre, indivisibles, les obligations d'hypothèques ou de servitudes, par suite de l'indivisibilité des servitudes et des hypothèques.

Cette indivisibilité a un caractère d'intensité tout particulier; elle existe nécessairement, absolument et à tous égards; *hæc sunt individua intensissimè, ut pote necessario, absolutè, omnique respectu* (4).

Mais il faut remarquer que l'indivisibilité de l'hypothèque ou du gage ne s'applique qu'à l'action qui en naît, et non au payement (5).

Il faut remarquer, en outre, que l'hypothèque et le gage ne sont indivisibles qu'en tant qu'ils s'exercent sur l'objet auquel ils s'appliquent, *in toto et in qualibet parte* (6). Ils sont ainsi susceptibles de division, en ce sens qu'ils sont susceptibles de restriction sur tel ou tel objet particulier. Mais ceci, ne portant que sur le mode ou l'étendue de l'obligation, n'af-

(1) P. 3, nos 21, 57.
(2) *Oblig.*, n° 291.
(3) P. 3, n° 57.
(4) DUMOULIN, P. 3, n° 75.
(5) DUMOULIN, P. 3, nos 26 et suiv.
(6) Voy. l. 65, *ff. De evict.* — L. 19, *ff. De pign. et hyp.* — L. 6, C. *De distr. pign.*

fecte en rien le caractère d'indivisibilité du droit considéré en lui-même.

Est de même indivisible l'obligation de faire ou de ne pas faire un voyage dans telle ville; car il est physiquement impossible de diviser ce fait, positif ou négatif.

6. Nous passons à l'indivisibilité du second degré. L'obligation est indivisible, porte l'article 1218, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par sa nature, si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle.

Cette indivisibilité est celle que Dumoulin (1) appelle *individuum obligatione*. Il la nomme aussi naturelle, *individuitas naturalis*, parce qu'elle résulte immédiatement de la nature et de la forme même de la chose promise ou due, *quæ ex naturâ et formâ ipsius rei promissæ vel debitæ statim... oritur* (2). Telle est la construction d'une maison, d'un fossé.

Cette construction, considérée en elle-même, est sans doute un fait divisible qui peut faire partiellement et divisément l'objet d'un contrat. Car on peut stipuler, dans le principe, telle partie de maison ou de fossé. Mais, quand on a pris pour objet de l'obligation la construction entière, on ne peut dire qu'en faisant seulement une partie de la maison ou du fossé, on acquitte une partie de la maison convenue, du fossé convenu, parce que la maison ou le fossé n'existe, par la force même des choses, qu'après que leur forme, qui leur donne l'être, est parfaite et achevée. La construction n'ayant point été considérée dans son progrès successif, mais dans son résultat final, constitue ainsi un objet indivisible dans sa forme spécifique, et rend, par suite, l'obligation indivisible. Ce n'est pas à un autre titre qu'il y a indivisibilité. S'agissant d'une œuvre spécifiquement déterminée, elle consiste uniquement en ce que la forme, résultat définitif et permanent de l'accomplissement de l'obligation, est une chose indivisible, qui a

(1) P. 3, nos 21, 58, 76.
(2) P. 3, no 57.

l'indivisibilité de la forme convenue expressément ou tacitement, *habet individuitatem formæ conventæ seu intentæ* (1). On peut dire enfin, avec la loi romaine (2), que l'exécution d'une œuvre ne peut se diviser, *operis effectus in partes scindi non potest* (3).

Ce que nous disons de la construction d'une maison entière, il faut le dire de la construction d'une certaine partie de maison. Cette partie elle-même constitue un tout (4).

Autre chose, si les débiteurs étaient tenus, non de construire, mais de donner tant pour construire une maison, un hôpital. L'obligation est alors divisible; car le simple motif de l'obligation, ou la destination de son objet, n'en change pas la nature (5), à moins qu'il ne fût établi que l'intention des parties a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement (1221, n° 5).

7. Est également indivisible, l'obligation de livrer un terrain comme emplacement pour y construire une maison, pour y déposer et battre la récolte, pour y établir une servitude d'aqueduc, par exemple (6).

Ce n'est pas que l'obligation de livrer un terrain, ou toute autre chose divisible, ne constitue une obligation divisible. Car la délivrance peut s'en faire par parties (7). Mais, comme le terrain que je dois livrer a été promis, non pas d'une façon simplement ordinaire, *simpliciter*, mais avec une certaine circonstance qui lui imprime, à raison du rapport sous lequel il a été considéré, un caractère indivisible, l'obligation de livrer ce terrain est indivisible (8). Dumoulin appelle cette indivisibilité, accidentelle, parce qu'elle ne résulte pas immédiatement

(1) DUMOULIN, P. 2, n° 362.
(2) L. 85, *ff. De verb. oblig.* — L. 80, § 1, *ff. Ad. leg. falcid.*
(3) DUMOULIN, P. 3, n° 76. — POTHIER, *Oblig.*, n° 292.
(4) DUMOULIN, P. 3, n° 77.
(5) DUMOULIN, P. 2, n°s 368 et suiv. — POTHIER, *Oblig.*, n° 298.
(6) DUMOULIN, P. 2, n°s 312, 314, 315.
(7) DUMOULIN, P. 2, n°s 301 et suiv. — POTHIER, *Oblig.*, n° 295.
(8) DUMOULIN, P. 3, n° 59. — POTHIER, *Oblig.*, n° 292.

de la nature et de la forme de la chose promise, comme au cas d'une maison à construire, mais de certaine circonstance qui entre accidentellement dans l'obligation.

8. Il y a cette différence, entre l'indivisibilité de contrat, *contractu*, absolue, nécessaire, et l'indivisibilité d'obligation, *obligatione*, que dans la première, l'objet est divisible en soi, tandis que dans la seconde, l'objet n'est indivisible que parce qu'il y a été considéré sous un point de vue qui rend sa division impossible.

9. Il est enfin une dernière indivisibilité, que Dumoulin appelle indivisiblité de payement, *individuum solutione* (1).

Elle ne concerne que le payement et non l'obligation même. Elle suppose, en effet, que la chose due est en soi susceptible de division. Car si la chose était indivisible, soit par la nécessité même des choses, soit à raison du rapport sous lequel elle a été considérée dans le contrat, l'obligation serait indivisible, ou *contractu* ou *obligatione*, et il serait inutile de la déclarer indivisible *solutione* seulement.

L'indivisibilité de cette dernière espèce a donc lieu lorsque l'obligation, quoique divisible en elle-même, ne peut cependant être acquittée en partie, sans contrarier l'intention expresse ou présumée des contractants.

On peut se demander si le Code Napoléon a reconnu cette espèce d'obligations indivisibles, du moins s'il les a reconnues avec les caractères propres d'une véritable indivisibilité. Il n'est pas permis d'en douter. Le législateur moderne a, en effet, suivi exactement la doctrine de Pothier, qui marque (2) une place particulière aux obligations de cette nature parmi les obligations indivisibles. D'autre part, il ne pouvait s'empêcher d'en consacrer l'existence ; car cette indivisibilité correspond à un ordre de faits juridiques aussi fréquents dans la pratique qu'ils sont certains dans la théorie.

(1) Dumoulin, p. 2, n°s 24 et suiv.
(2) *Oblig.*, n° 294.

Il est vrai que les obligations indivisibles *solutione*, ne sauraient rentrer dans la définition que les articles 1217 et 1218 donnent des obligations indivisibles. Mais nous en trouvons l'indication et la définition dans l'article 1221, n° 5, d'après lequel le principe de la divisibilité cesse lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement. Ces expressions n'indiquent-elles pas un troisième et dernier degré d'indivisibilité ? Ne définissent-elles pas l'indivisibilité de payement ?

Lorsque les contractants considèrent la chose ou le fait qui est l'objet de l'obligation sous un certain rapport qui ne la rend pas susceptible d'exécution partielle, sans doute, dans ce cas, qui est celui de l'article 1218, ils font acte de volonté; car ils sont maîtres de déterminer le rapport sous lequel il leur plaît d'envisager l'objet de l'obligation. Mais l'indivisibilité est alors la conséquence nécessaire de ce rapport, aussitôt qu'il est déterminé, de telle sorte que les parties ne peuvent même pas l'empêcher, à moins d'en détruire le principe, c'est-à-dire de dénaturer le rapport sous lequel l'objet de l'obligation a été primitivement considéré. Alors, au contraire, qu'il s'agit d'une obligation simplement indivisible *solutione*, l'indivisibilité est indépendante du rapport sous lequel son objet a été envisagé, et elle existe, non pas parce que cet objet est de soi indivisible, mais parce qu'un payement partiel serait en opposition avec l'intention expresse ou présumée des parties.

10. Telles sont donc les trois espèces, ou plutôt les trois degrés d'indivisibilité; la première, *individuitas contractu*, plus forte que la seconde, *individuitas obligatione*, et cette dernière plus forte que la troisième, *individuitas solutione*. Aussi, quand une obligation est indivisible *contractu*, elle l'est également *obligatione* et *solutione*; et quand elle l'est *obligatione*, elle l'est aussi *solutione*; mais elle ne l'est pas *contractu*; tandis que celle qui est seulement indivisible *solutione*, ne l'est ni

obligatione, ni *contractu*. Chaque degré d'indivisibilité a donc les qualités des degrés postérieurs; mais ces derniers degrés n'ont point les qualités de celui qui les précède (1).

11. Les principes de la divisibilité et de l'indivisibilité s'appliquent à toute sorte d'obligations de donner, de faire, ou de ne pas faire. Car le fait dont la perpétration ou l'abstention constitue la matière de l'obligation, peut également être susceptible de division dans sa consommation, ou d'une contravention partielle (2). Aussi, les articles 1217 et 1218 rapprochent-ils constamment une chose qu'il s'agit de livrer, d'un fait qu'il s'agit d'exécuter, c'est-à-dire qu'ils établissent une assimilation exacte entre les obligations de donner et celles de faire ou de ne pas faire. Celles de cette dernière espèce sont donc, comme les autres, indivisibles, quand un payement partiel est impossible, qu'il altère la stipulation ou l'obligation, et qu'une semblable exécution est contraire à l'intention expresse ou présumée des parties.

12. Toutes les obligations qui ne rentrent pas dans l'une des trois classes d'indivisibilité que nous venons d'établir, sont divisibles. Car, outre que la divisibilité est de droit commun, il n'y a pas de milieu entre l'indivisibilité et la divisibilité. Pour nous résumer, nous disons donc qu'il n'y a d'indivisibilité que lorsque l'objet de l'obligation, soit par sa nature, soit par la manière dont il est dû, n'est pas susceptible d'une prestation ou d'un payement divisé (3).

13. Quand nous parlons de divisibilité, nous n'entendons point parler de la possibilité d'une division matérielle et physique, mais d'une division juridique, appropriée, non à la nature physique, mais au caractère commercial des choses, laquelle a lieu lorsque l'obligation peut être exécutée par portions di-

(1) DUMOULIN, P. 1, n° 4.

(2) DUMOULIN, P. 2, n°s 259 et suiv.; P. 3, n° 112.—POTHIER, *Oblig.*, n° 289.

(3) DUMOULIN, P. 2, n° 223.

visées ou indivises, sans dénaturer ni altérer l'essence ou la forme de son objet (1).

Cette division juridique ou civile s'opère par portions matériellement divisées, par exemple, lorsqu'on partage en deux, par la plantation d'une borne, une certaine étendue de terrains. Chaque moitié est une portion réelle et divisée.

Mais supposez que ce terrain appartienne concurremment à plusieurs. La propriété en est indivise entre eux, et les parts que la division y attribue à chacun, sont, tant qu'un partage effectif n'a pas eu lieu, des parts indivises, qui n'existent point réellement, mais intellectuellement (2).

Il y a mieux : bien que l'objet de l'obligation consiste dans des choses telles qu'un cheval, un tableau, toutes choses qui ne sauraient être matériellement divisées sans être dénaturées et détruites, l'obligation n'en est pas moins parfaitement divisible, parce que son objet peut être intellectuellement divisé. Rien n'empêche, en effet, de se faire l'idée d'un cheval, d'un tableau dont la propriété appartient à plusieurs. Ils sont donc susceptibles, sinon d'une division physique et matérielle, au moins d'une division intellectuelle et métaphysique (3). Il n'y a donc indivisibilité que lorsque l'objet de l'obligation ne peut se diviser en portions aliquotes, ni matériellement ni intellectuellement, et qu'il est impossible de concevoir même l'idée d'une division quelconque par moitié, par tiers, par quart.

14. Ce qu'il faut toujours considérer dans l'obligation, c'est son objet et rien que son objet, indépendamment de sa conversion possible en dommages et intérêts, chose alors divisible. Car, pour en apprécier le véritable caractère, il convient de se placer dans l'hypothèse d'une exécution normale et régulière (4).

(1) DUMOULIN, P. 1, n° 5; P. 3, n° 15.
(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 288.
(3) L. 5, *ff. De stip. serv.* — POTHIER, *Oblig.*, n° 288. — TOULLIER, T. 6, n° 775. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 282, n^{te} 2.
(4) DUMOULIN, P. 2, n° 119. — POTHIER, *Oblig.*, n° 290.

15. Qu'il nous suffise d'avoir donné ici la définition des obligations divisibles et indivisibles, et d'avoir surtout insisté sur le principe et les caractères de l'indivisibilité. Ce sont là les prémisses dont nous aurons bientôt à tirer les conséquences pratiques. Nous ajoutons que si nous avons adopté la terminologie de Dumoulin en cette matière, ce n'est pas seulement parce que l'exemple de Pothier, qui en vaut bien un autre, nous y a autorisé, mais surtout parce que nous en retrouvons le sens et l'esprit dans les dispositions mêmes du Code, et que, d'ailleurs, la classification des indivisibilités qu'elle établit, correspond avec la réalité des faits juridiques pratiques, et qu'elle suffit pour en donner la solution. Ceux-là mêmes qui la critiquent la suivent encore malgré eux.

Article 1219.

La solidarité stipulée ne donne point à l'obligation le caractère d'indivisibilité.

Sommaire.

1. En quoi la solidarité et l'indivisibilité diffèrent.
2. Une obligation peut être solidaire sans être indivisible.
3. Il est indifférent que la solidarité soit légale ou conventionnelle.
4. Influence de la solidarité sur les obligations divisibles.
5. Renvoi, quant aux conséquences.

COMMENTAIRE.

1. Autre chose, l'indivisibilité; autre chose, la solidarité : *aliud est quem teneri ad totum, aliud totaliter* (1). Une obligation est solidaire à raison du concours des personnes, soit des débiteurs, soit des créanciers. Elle est, au contraire, indivisible, nonobstant ce concours.

La solidarité tient à la nature particulière du lien qui résulte de l'obligation contre les débiteurs, ou du droit qui en dérive en faveur des créanciers. Elle a ainsi, comme procé-

(1) Dumoulin, p. 3, n° 112.

dant du titre qui la constitue, un caractère tout personnel (1).

L'indivisibilité tient, au contraire, à la nature spéciale de la chose ou du fait qui est l'objet de l'obligation, indépendamment du lien personnel qui en résulte. Elle a son principe dans la nature, dans la nécessité même des choses, dans l'impossibilité matérielle ou intellectuelle qui s'oppose à ce que l'objet de l'obligation puisse être divisé matériellement ou intellectuellement. Alors même que l'indivisibilité ne résulte que du rapport sous lequel l'objet a été considéré dans l'obligation par les parties, ou de leur intention expresse ou présumée à cet égard, elle n'en provient pas moins du caractère particulier de la chose, ou du fait qui est le sujet de l'obligation. Elle a ainsi un caractère purement réel. En conséquence, elle adhère à l'obligation même, et passe aux héritiers pour le tout, et aux héritiers des héritiers aussi pour le tout; *obligationi ipsi et rei debitæ adhæret, et transit ad hæredes et in singulorum hæredum hæredes singulos in solidum* (2); tandis, au contraire, que la qualité personnelle de la solidarité ne passe, ni activement, ni passivement aux héritiers (3).

2. Une obligation peut être tout à la fois solidaire et indivisible. Mais, pour être solidaire, elle n'est pas indivisible, pas plus que pour être indivisible elle n'est solidaire. Car le lien personnel qui résulte de l'obligation est indépendant du mode réel de son exécution. Aussi, l'article 1219 dit-il que la solidarité stipulée ne donne point à l'obligation le caractère d'indivisibilité.

3. Bien que cet article ne parle que de la solidarité stipulée, c'est-à-dire de la solidarité qui résulte d'un contrat ou d'une disposition testamentaire, il faut en étendre les dispositions à la solidarité légale, qui existe de plein droit. Il n'y a pas en effet de différence dans leurs caractères essentiels, entre la solidarité conventionnelle et la solidarité légale.

(1) DUMOULIN, P. 2, n° 222.
(2) DUMOULIN, *ibid.*
(3) Voy. POTHIER, *Oblig.*, n°s 323 et 324.

4. Ce n'est pas, cependant, que la solidarité soit sans influence, alors même que l'obligation est eu même temps indivisible. Les obligations des débiteurs et les droits des créanciers sont alors régis par les principes combinés, mais le plus souvent absorbés l'un par l'autre, de la solidarité et de l'indivisibilité.

Mais c'est surtout lorsqu'il s'agit d'une obligation divisible, que la solidarité produit des effets remarquables. Nous avons vu que la solidarité fait que chaque créancier a le droit de demander le payement du total de la créance, et que chaque débiteur peut être contraint au payement de la totalité. La divisibilité doit dès lors s'appliquer, non à la part et portion virile de chaque créancier ou de chaque débiteur dans la dette, mais à la totalité même de la dette; de telle sorte que ce sera la dette entière qui se divisera entre leurs héritiers, dans la proportion des parts dont chacun d'eux est saisi ou est tenu, comme représentant un créancier ou un débiteur solidaire.

Supposons, par exemple, trois créanciers solidaires d'une somme de douze mille francs; l'un d'eux meurt, laissant deux héritiers par égales portions. Il auroit pu exiger du débiteur le payement du total de la créance. Mais alors elle se divise de plein droit entre ses deux héritiers, dans la proportion des droits dont ils sont saisis, c'est-à-dire par moitié. Chacun d'eux pourra en conséquence exiger le payement de six mille francs.

Si les créanciers étaient simplement conjoints, il y aurait entre eux une première division de la créance par tiers, et le tiers montant à quatre mille francs, afférent à chacun d'eux, se diviserait encore par moitié entre les deux héritiers de celui qui est décédé; de telle sorte que chacun d'eux ne pourrait demander au débiteur que deux mille francs.

La solidarité entre débiteurs produit des effets analogues. Ainsi, que l'on suppose trois codébiteurs solidaires d'une somme de douze mille francs; l'un d'eux décède, laissant quatre héritiers par égales portions. Le créancier pourra demander à chacun d'eux le quart de la dette, soit trois mille francs; tandis que, si les codébiteurs avaient été simplement conjoints,

chacun d'eux n'étant, dès le principe, débiteur que de quatre mille francs, le créancier ne pourrait demander à chaque héritier du débiteur décédé qu'une somme de mille francs, c'est-à-dire le quart de la part afférente à son auteur.

Si nous mettons maintenant des débiteurs conjoints en présence de cocréanciers solidaires, ou des créanciers conjoints en présence de codébiteurs solidaires; si nous supposons enfin de part et d'autre des héritiers, nous arrivons à un premier degré de division multiple, et nous descendons ensuite à des subdivisions respectives, qui émiettent en quelque sorte la dette.

5. Qu'il nous suffise d'avoir expliqué le principe et d'avoir montré comment se combinent les règles de la solidarité avec celles de la divisibilité. Comme nous avons eu précédemment différentes occasions d'en déduire les conséquences, nous y renvoyons le lecteur.

§ Ier. *Des effets de l'Obligation divisible.*

Article 1220.

L'obligation qui est susceptible de division doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers, qui ne peuvent demander la dette, ou qui ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis, ou dont ils sont tenus comme représentant le créancier ou le débiteur.

Sommaire.

1. Entre débiteur et créancier uniques, l'obligation s'exécute comme si elle était indivisible.
2. Origine de la division active et passive.
3. Conséquences. Renvoi.
4. Les héritiers solvables ne sont pas tenus pour les insolvables.
5. Exceptions diverses.

6. Celui qui a reçu sa part ne doit pas la communiquer aux autres.
7. Raisons de la divisibilité.
8. Ses effets sont indépendants des arrangements pris par les héritiers.
9. Conciliation des principes de la divisibilité avec les effets déclaratifs du partage. Conséquences.
10. La divisibilité cesse par la réunion des parts sur une tête, du côté du créancier,
11. Ou du côté du débiteur.
12. Peu importe la cause de cette consolidation.
13. Cette consolidation peut ne pas être entière.
14. Exception, si le débiteur a accepté une succession sous bénéfice d'inventaire.
15. Il n'importe que le créancier l'ait acceptée sous ce bénéfice.
16. Exception, s'il y a eu antérieurement novation.
17. Il faut que toutes les parts soient liquides.
18. Conséquences de la consolidation opérée après la demande.
19. Le débiteur ne peut offrir divisément au mandataire de tous les créanciers.
20. Mais il le peut aux mandants eux-mêmes.
21. Dans le cas de débiteurs ou créanciers conjoints, il n'y a pas lieu à consolidation.

COMMENTAIRE.

1. Nous avons déjà dit qu'entre un débiteur et un créancier uniques ou réputés tels, les principes de la divisibilité ne reçoivent pas d'application. L'obligation qui est susceptible de division doit être exécutée entre eux comme si elle était indivisible (1220). Ce sera sous l'article 1244 que nous expliquerons cette disposition.

La divisibilité n'a d'application qu'entre codébiteurs ou cocréanciers conjoints. Comme nous avons expliqué plus haut (1) les principes et les effets des obligations conjointes, en traitant des obligations solidaires, nous n'avons pas à y revenir.

Mais il est un second cas où elle reçoit une application plus fréquente; c'est lorsque le débiteur ou le créancier laisse plusieurs héritiers. Ceux-ci ne peuvent, en effet, demander le payement de la dette, ou ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis, ou dont ils sont tenus comme

(1) 1197, nos 6 et suiv.

représentant le créancier ou le débiteur (1220). Tel est le principe, tel est le droit commun.

2. Cette division, tant active que passive, entre cohéritiers, vient de la loi des Douze-Tables. Ce n'est pas qu'elle opère dans leur personne un changement de l'obligation; mais elle a lieu de nécessité, parce que, dans les termes mêmes du droit, une obligation ne peut passer aux héritiers qu'en tant qu'ils sont héritiers, et dans la proportion des parts pour lesquelles ils représentent le défunt. Or, comme des héritiers qui sont en concours, par cela même qu'ils sont en concours, ne peuvent l'être pour la totalité *in solidum*, mais seulement pour leur part et portion virile, l'obligation active et passive de leur auteur ne passe sur leur tête que pour cette même portion. Elle se divise donc entre eux, si elle est divisible, et en tant que divisible. Et cette division, loin de changer la condition et la nature de l'obligation, les laisse parfaitement subsister. Tel est le résultat conforme de la nécessité même ou de la nature de l'obligation (1).

3. Il s'ensuit que chaque créancier ne peut réclamer que sa part dans la créance, en proportion de sa part héréditaire, et que chaque débiteur n'est lui-même tenu que de sa part dans la dette, en proportion de sa part héréditaire.

De là découlent plusieurs conséquences que nous avons indiquées au sujet des obligations conjointes (2).

4. Il en résulte notamment que les héritiers solvables ne sont pas tenus pour les insolvables (3). On a douté cependant, et non sans quelque apparence de raison, que cette règle fût fondée sur les principes d'équité. Car il semble injuste que, du chef de la personne du débiteur, la position du créancier devienne pire. Le débiteur originaire étant tenu de payer sur ce qui lui reste de ses biens après un accident qui en a détruit

(1) DUMOULIN, P. 2, n° 36.
(2) Voy. 1197, n° 8.
(3) DUMOULIN, P. 2, n°s 63 et suiv.

une partie, pourquoi ses héritiers n'en seraient-ils pas tenus, au moins jusqu'à concurrence de la valeur de leurs portions héréditaires? Les dettes grevant tout le patrimoine du débiteur, comment la division qui s'en opère à son décès nuirait-elle au créancier qui veut éviter un dommage, *qui certat de damno vitando* (1)?

Nonobstant ces raisons de douter, Dumoulin (2) conclut que ni cette division ni ses conséquences ne sont injustes, parce qu'il suffit qu'une loi soit raisonnable, et que son principe ne soit pas inique, pour qu'elle oblige dans le for de la conscience comme dans le for extérieur. Il faut d'ailleurs remarquer que la loi donne au créancier divers moyens pour veiller à la conservation de ses droits, tels que l'opposition à partage et la séparation des patrimoines.

5. Cependant, si l'un des héritiers, par dol et fraude de sa part, avait empêché le créancier de poursuivre les autres en se disant seul héritier, ou en le mettant dans l'impossibilité de les connaître, il serait alors tenu de payer pour eux (3). Mais cette obligation de sa part ne constitue, en réalité, qu'une question de dommages et intérêts, et de réparation d'un délit ou d'un quasi-délit.

Nous en disons autant du cas où l'un des héritiers du débiteur a, par le résultat d'un concert frauduleux et d'une collusion dolosive, concouru à la ruine et à l'insolvabilité de l'un de ses consorts, et a empêché le créancier d'être payé (4). Nous observons seulement que ce cas pourrait amener l'application de l'article 1167.

Dumoulin (5), et Pothier (6) en reproduisant cette opinion semble l'approuver, propose une autre exception pour le cas

(1) Dumoulin, p. 2, nos 73, 80.
(2) P. 2, nos 81, 82, 94.
(3) Dumoulin, p. 2, no 85. — Pothier, *Oblig.*, no 310. — Toullier, t. 6, no 759.
(4) Dumoulin, p. 2, no 93.
(5) *Ibid.*
(6) *Oblig.*, no 310.

où l'un des héritiers, ayant dissipé d'avance ce qu'il a reçu en avancement d'hoirie, est soumis à un rapport qui s'effectue en moins prenant, et prend ainsi moins de biens que de dettes dans la succession. Il pense que l'autre héritier doit alors répondre, envers les créanciers, de la part de dettes de son cohéritier insolvable, quoiqu'ils aient négligé de faire opposition au partage et de demander la séparation des patrimoines. On doit, suivant lui, supposer qu'il y a eu fraude et collusion, et que le cohéritier auquel le rapport a été fait en moins prenant, a engagé son cohéritier insolvable à accepter la succession, afin de frauder les créanciers, en se faisant tenir compte des choses par lui reçues en avancement d'hoirie, et en ne prenant qu'une part de dettes, au lieu de la totalité dont il aurait été seul chargé, s'il avait été seul acceptant.

Nous n'admettons pas cette opinion, parce qu'elle a son point de départ dans la supposition exorbitante d'une collusion frauduleuse, et qu'il ne saurait même y avoir de fraude dans l'exercice d'un droit légitime, tel que celui d'accepter une succession qui n'est pas onéreuse, alors surtout que les créanciers n'ont à imputer qu'à eux-mêmes le préjudice qu'ils éprouvent. L'héritier à qui le rapport est fait par son cohéritier est, du reste, tout simplement dans la position d'un créancier qui reçoit ce qui lui est dû, sans fraude, légitimement, quoique à l'exclusion d'autres créanciers.

6. De même que l'héritier solvable n'est pas tenu pour son consort insolvable, le créancier qui a reçu sa part ne doit pas la communiquer aux autres qui n'ont rien reçu. Telle est, en effet, l'une des conséquences de la division active de la créance en autant de créances distinctes et séparées qu'il y a de cohéritiers, et dans la proportion de leurs parts héréditaires (1).

7. Quoi qu'il en soit, la divisibilité a été surtout introduite pour le commun avantage de ceux entre lesquels elle s'opère, pour la meilleure et plus prompte expédition des affaires.

(1) DUMOULIN, p. 2, n° 74.

Ainsi, du côté du débiteur, elle a le double avantage de faire que chacun peut payer sa part, si elle est liquide; qu'il ne peut ensuite être poursuivi pour plus que sa part; qu'il n'est tenu que pour sa part en cas de mise en demeure, sans l'être jamais de la faute ou de la mise en demeure des autres.

Du côté du créancier, elle fait que, sans attendre un partage judiciaire, et à la charge seulement de justifier de la légitimité et de la qualité de son droit, chacun des héritiers peut exiger sa part, donner quittance, si elle est liquide, ou la faire liquider pour sa part, plaider à concurrence de sa portion, sans qu'il soit tenu jamais du fait de son cohéritier (1). Tels sont les points les plus saillants des avantages que procure la divisibilité.

8. Ses effets sont indépendants des arrangements que les héritiers peuvent prendre entre eux, et de l'attribution qu'ils peuvent se faire des créances ou des dettes. De pareilles conventions ne peuvent être opposées aux tiers, qui sont toujours admis à faire valoir les droits qui leur sont acquis, comme résultant de plein droit de la division opérée, par la seule force de la loi, entre les héritiers du créancier ou ceux du débiteur. Ainsi, nonobstant tous arrangements qui chargeraient un des héritiers du débiteur de payer toute la dette, ou une portion plus forte que sa part héréditaire, le créancier peut demander aux autres leurs parts viriles; et la compensation n'en est pas moins opposable de la part du créancier ou du débiteur, dans les proportions suivant lesquelles la division s'est opérée de plein droit.

Si une créance était attribuée tout entière à un seul, cette attribution, sans que néanmoins elle constitue une cession qui ait besoin d'être notifiée ou acceptée (2), ne vaudrait cependant pas au préjudice des droits acquis aux tiers antérieurement, pourvu, du moins, qu'ils eussent été acquis durant l'indivision (3).

(1) Dumoulin, p. 2, n° 25. — Cass., 9 nov. 1847. Sirey, 48, 1, 289.
(2) Voy. cep. Duranton, t. 11, n° 274; et t. 7, n° 519.
(3) Voy. Zachariæ, t. 4, pag. 481.

9. Une explication est toutefois nécessaire, en ce qui concerne la division légale des créances, et l'attribution qui peut en être faite à l'un des héritiers du créancier. Car il s'agit d'en combiner les effets avec le caractère simplement déclaratif du partage.

Il importe de distinguer, à cet égard, entre les créances et les dettes. Quant aux dettes, leur division légale est absolument indépendante des arrangements des héritiers entre eux, et de l'attribution par laquelle un seul en demeure chargé. Le partage ne saurait avoir sur ce point aucun effet rétroactif; car, si les héritiers solvables pouvaient, par une clause de partage, se décharger des dettes héréditaires en les mettant exclusivement à la charge de l'un d'eux, ils préjudicieraient aux droits du créancier, qui n'aurait peut-être pour débiteur qu'une personne insolvable. Or, c'est justement pour le soustraire à ce résultat inique, que la loi divise les dettes entre tous les cohéritiers du débiteur, suivant leurs portions héréditaires, et qu'elle les lui assigne tous également comme débiteurs dans cette proportion.

Les créances entrent, au contraire, dans la composition des lots, au même titre et de la même manière que les autres valeurs actives de l'hérédité. Il convient, dit l'article 832, de faire entrer dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits et créances de même nature et valeur. Or, comme d'après l'article 883, chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, celui à qui le partage attribue une créance héréditaire est censé, même à l'égard des tiers, en avoir été saisi dès l'ouverture de la succession, en vertu du partage et indépendamment des formes particulières du transport.

Ainsi, cette attribution l'emportera sur la cession qu'un cohéritier aurait faite à un tiers de sa part dans la créance, antérieurement au partage, si le cessionnaire n'en a été saisi auparavant par une notification ou une acceptation du transport, et aussi sauf les cas de fraude.

Le créancier personnel de l'un des héritiers fait une saisie-

arrêt pour sa part virile dans la créance. L'attribution que le partage en fait à un autre rend la saisie inefficace, si déjà un jugement n'a validé la saisie, et conféré au saisissant la saisine légale des sommes arrêtées.

Le débiteur ne peut plus, du chef et pour la part de l'un des héritiers, opposer à celui que le partage a saisi de l'intégralité de la créance une compensation qui ne se serait opérée qu'après le partage, bien qu'il puisse se prévaloir des payements faits entre les mains des autres héritiers, jusqu'à concurrence de leurs parts viriles, de bonne foi et dans l'ignorance des résultats du partage (1).

Ainsi encore, la main-levée que quelques-uns des cohéritiers auraient consentie d'une hypothèque garantissant une créance héréditaire, ne peut être opposée, même pour leurs parts viriles, à celui à qui, plus tard, la créance tout entière non acquittée est attribuée par le partage. L'hypothèque continue de subsister, à raison de son indivisibilité, comme garantissant la totalité et chaque partie de la créance (2).

Mais, quant aux droits acquis à des tiers durant l'indivision et antérieurement au partage, ils sont entièrement indépendants des arrangements que les héritiers peuvent prendre entre eux au sujet des créances héréditaires. Ainsi, la cession que l'un des héritiers aura faite de sa part et qui aura été dûment notifiée ou acceptée ; la compensation qui déjà se sera opérée entre la part virile et la dette personnelle de l'un des représentants du créancier ; les payements effectués par le débiteur des portions dont chaque héritier est saisi de plein droit ; les saisies-arrêts faites par les créanciers personnels d'un cohéritier et régulièrement validées par jugement ; tous ces actes conservent leurs effets d'une manière irrévocable ; et les résultats du partage ne peuvent préjudicier aux droits acquis au cessionnaire, au débiteur qui a payé ou compensé, ou aux créanciers opposants régulièrement saisis (3).

(1) Zachariæ, t. 4, pag. 484.
(2) Cass., 20 déc. 1848. Sirey, 49, 1, 179.
(3) Zachariæ, t. 4, pag. 484.

10. La division active ou passive continue-t-elle de subsister avec toutes ses conséquences, lorsque les différentes portions se sont réunies sur une seule tête avant le payement?

Remarquons d'abord qu'elle subsiste pour tous les faits accomplis, pour tous les droits acquis, tels que compensation, payements partiels, prescriptions, poursuites, mises en demeure, intérêts moratoires, conventions accessoires et spéciales, condamnation, voie parée, hypothèque judiciaire, etc... Tous ces faits juridiques subsistent avec toutes leurs conséquences, en ce qui concerne la part ou les parts auxquelles ils se réfèrent.

Supposons donc un créancier représenté par trois héritiers, dont les trois successions s'accumulent sur la tête d'un seul et dernier représentant. Le débiteur pourra-t-il payer séparément au créancier, dès lors unique, chaque tiers de la créance, ainsi qu'il le pouvait à l'égard des trois premiers héritiers?

Au premier abord il semble que oui, parce que l'obligation ayant été une fois divisée de plein droit, par la seule force de la loi, il y a eu plusieurs créances comme plusieurs dettes, plusieurs créanciers comme plusieurs débiteurs; parce que le débiteur a acquis, une fois pour toutes, le droit de se libérer valablement par portions viriles; parce que, si la loi a posé le principe d'une divisibilité effective, nulle part elle n'a posé celui de la réunion d'une obligation qui a été divisée, et qu'en conséquence la division subsiste avec tous ses effets légaux, parce que le créancier représente trois personnes, trois héritiers, trois hérédités différentes, et que, si la totalité lui est due, ce n'est pas en vertu d'un droit unique, mais d'un droit différent pour chaque part, à raison de la diversité du mode et du temps de son acquisition successive. Il y a donc, en réalité, dans ses mains, des droits divers, des créances diverses; il y a en lui plusieurs personnes. On fait enfin observer qu'il ne peut être de condition meilleure que ses trois auteurs dont il est héritier, soit naturel, soit testamentaire; et que si, en définitive, il est leur représentant unique, ce n'est que médiate-

ment et après impression sur leurs têtes de l'hérédité du créancier originaire.

Mais, à ces motifs de douter, on oppose une raison bien simple et décisive. En effet, bien que la créance se soit divisée de droit entre les héritiers du créancier, il n'y a pas cependant pluralité de dettes, mais seulement pluralité de parties divisées d'une seule et même dette. Il y a toujours unité de dette, *unum debitum;* et, si elle a été divisée plus tard, ce n'est que par suite de la multiplicité des personnes à qui elle se trouve accidentellement être due. Cette multiplicité de créanciers venant à disparaître, la créance doit reprendre sur la tête du créancier, redevenu unique, son caractère primitif d'unité. L'effet cesse avec la cause. Il suit de là qne, pour savoir s'il y a lieu d'appliquer ou non les principes de la divisibilité; si l'on doit, par exemple, admettre ou repousser un payement ou une demaude partielle, il ne faut considérer que le temps et l'état présent quand a lieu le payement ou la demande (1).

Si l'on suppose plusieurs successions superposées, et si l'on entendait rigoureusement maintenir, dans ce cas, les conséquences des divisions opérées de droit dans les successions supérieures, on arriverait à la nécessité de demandes partielles excessivement multipliées. Ce serait non seulement nne source de pénibles embarras pour le créancier, mais encore une atteinte dommageable portée à la bonne administration de la justice.

11. La consolidation de la dette s'opère également du côté du débiteur aussi bien que du côté du créancier. Si le débiteur a laissé, par exemple, trois héritiers, tant que les choses demeurent en cet état, chacun d'eux peut séparément offrir et payer, malgré le créancier, toute sa portion. Mais si, avant qu'ils aient payé, ils laissent un héritier unique qui les représente tous, celui-ci ne pourra offrir ni payer séparément chaque tiers afférent à chacun de ses auteurs. Bien qu'il y ait

(1) DUMOULIN, P. 2, n°s 18 et suiv. — POTHIER, *Oblig.*, n° 318. — TOULLIER, T. 6, n° 758. — DURANTON, T. 11, n° 275.

trois hérédités distinctes à l'égard desquelles il représente trois personnes, la vérité essentielle est qu'il y a toujours une seule et même dette ; qu'il n'y a actuellement qu'un seul débiteur, et que cette obligation, qui a toujours été une, cesse d'être divisée; que ses portions se sont réunies, du moment que toute cause accidentelle de division a disparu, et que, en conséquence, un payement partiel ne peut désormais être valablement effectué (1).

12. Nous avons supposé que la consolidation s'était opérée activement ou passivement par voie de succession. Mais il en est de même lorsqu'elle a lieu par voie de cession ou autrement. Il faut, en effet, considérer seulement le fait de la réunion, sans regarder à ses causes, qui peuvent même être différentes pour chaque portion de la dette (2).

13. La consolidation active ou passive peut ne pas être entière, ne pas embrasser toutes les parts divisées de la dette, et ne contenir que la réunion de deux ou trois parts seulement. Il n'importe : la réunion n'a pas besoin d'être intégrale, et elle opère suivant les limites dans lesquelles elle s'est effectuée, les deux ou trois portions réunies ne formant en définitive, par leur addition, qu'une portion plus forte d'un même tout. Lors donc qu'un créancier ou un débiteur se trouve, après une division antérieure, réunir sur sa tête plusieurs portions de la créance ou de la dette, le créancier peut exiger le montant total de ces portions réunies ; et le débiteur est tenu de le payer, sans qu'il puisse offrir séparément un payement partiel de chacune des portions consolidées. En un mot, la consolidation, même partielle, restitue, comme une consolidation intégrale, aux portions de la dette réunies, le caractère d'obligation indivisible entre le débiteur et le créancier.

(1) DUMOULIN, POTHIER, TOULLIER, *ibid.* — *Contrà*, DURANTON, t. 11, nº 275.

(2) TOULLIER, t. 6, nº 758. — POTHIER, *Oblig.*, nº 319.

14. Venons maintenant aux exceptions.

Si le débiteur sur la tête duquel les parts se sont passivement consolidées, avait accepté l'une des successions purement et simplement, et l'autre sous bénéfice d'inventaire, il pourrait alors offrir séparément une portion, et ajourner le payement de l'autre à la discussion de l'inventaire. Il n'y a, en effet, dans ce cas, aucune confusion; et le débiteur étant tenu des différentes portions de la dette à des titres divers, cette diversité dans le titre même de ses obligations, maintient la divisibilité de la dette avec toutes ses conséquences de droit (1).

15. Quant au créancier sur la tête duquel les différentes portions de la dette se sont consolidées, il importe peu, à son égard, qu'il ait accepté les successions des uns purement et simplement, et celles des autres sous bénéfice d'inventaire. Car cette diversité d'acceptation n'a aucune influence sur l'exercice de son droit contre le débiteur. Il est, à l'égard de ce dernier, créancier au même titre des portions réunies (2).

16. Il est évident que si, durant la division de l'obligation, et avant sa consolidation sur la tête de l'un des débiteurs ou des créanciers, il y avait eu novation pour une partie divisée, cette partie, n'étant plus une partie divisée de l'ancienne obligation, mais constituant par la novation une obligation nouvelle, absolument différente, le créancier devrait l'exiger, et le débiteur pourrait l'offrir séparément.

Mais il est évident aussi qu'il importe peu que, durant la division, un héritier du créancier ait obtenu contre le débiteur, soit un jugement de condamnation avec hypothèque, ou une caution, ou des intérêts, ou un gage, ou qu'il ait reçu un à-compte, ou qu'il lui ait accordé un délai, tandis que les autres héritiers n'ont obtenu aucune de ces garanties, ou concédé aucun terme. Il n'y a rien qui ait produit novation et qui s'oppose à ce que le créancier, actuellement unique, puisse

(1) DUMOULIN, P. 2, n° 22. — POTHIER, *Oblig.*, n° 318.
(2) DUMOULIN, P. 3, n° 22.

demander tout ce qui est exigible, alors même que les diverses portions réunies de la dette ne sont pas également garanties, ni assorties des mêmes accessoires, sans qu'il puisse être contraint de diviser son action et de recevoir des payements partiels.

17. Dumoulin pense qu'un payement partiel peut être effectué, nonobstant la consolidation passive, lorsque la part de l'un des héritiers prédécédés n'est pas liquide, ou qu'il est prétendu qu'elle a été payée ou remise (1). Mais nous pensons que, dans ce dernier cas, la validité des offres d'un payement partiel est subordonnée à la question de payement ou de remise alléguée.

Il dit encore que, si l'hérédité de l'un des héritiers du créancier était contestée à l'égard de leur héritier, devenu maintenant leur représentant unique, le débiteur pourrait alors offrir la part afférente à la succession qui ne fait le sujet d'aucun débat. Il est essentiel, dit-il, que l'obligation qui a appartenu à un seul dans le principe, et qui vient ensuite à appartenir à plusieurs, soit consolidée d'une manière liquide. Nous le croyons également; c'est qu'en effet, tant qu'il n'y a pas liquidité pour une portion, le débiteur ne peut la payer, et que, s'il ne pouvait payer celles qui sont liquides, il lui serait fait préjudice par la privation du droit qu'il a de se libérer.

18. Si le créancier demandeur est devenu héritier de ses consorts, ou si le débiteur défendeur l'est devenu des siens, si enfin la consolidation de l'obligation a eu lieu activement ou passivement, même après l'introduction de la demande qui, dans le principe, a eu pour objet un payement partiel, le demandeur peut, sur ce fait nouveau de consolidation, augmenter ses conclusions et les porter à la totalité de la dette. Il ne peut, dès lors, lui être fait offres d'un payement partiel, même de la portion qui d'abord était demandée par lui, pourvu,

(1) P. 2, n° 22.

toutefois, que le débiteur défendeur n'ait pas, avant l'augmentation des conclusions, fait offres, avec dépens, de la portion demandée, ce qu'il peut faire, aussi bien que se libérer en consignant.

En effet, l'obligation n'est plus divisée, mais entière, par suite de la consolidation opérée avant qu'un jugement soit intervenu sur la demande. Il importe ensuite à la bonne administration de la justice, que le demandeur puisse réunir dans ses conclusions toutes les portions de la dette, comme de fait et de droit elles sont réunies sur sa tête, afin que le procès soit terminé plus vite, et que la fin d'un débat ne soit pas le commencement d'un autre (1).

19. Les héritiers du créancier se constituent un mandataire unique ; le débiteur peut-il, malgré ce dernier, faire en ses mains trois payements partiels, en supposant qu'il y ait trois héritiers ?

Il semble qu'il en a le droit. On peut dire, en effet, que la division de la créance subsiste ; que, de même que les héritiers du débiteur ne peuvent, en convenant que l'un d'eux payera le tout, faire préjudice au créancier, de même les héritiers du créancier ne peuvent, en convenant que l'un d'eux recevra la totalité, nuire au débiteur ; qu'à raison même de la faveur due à la cause de la libération, il peut offrir et payer divisément chaque part, et mettre le mandataire en demeure de la recevoir, comme il en avait le droit, à l'égard de chacun des créanciers, avant la convention par laquelle on prétend qu'il en a été dépouillé sans lui et malgré lui.

Il faut décider néanmoins que celui qui représente les héritiers du créancier, en qualité de mandataire, d'administrateur, ne constitue qu'une seule personne et doit être réputé n'en constituer qu'une. Le débiteur ne peut donc, malgré lui, diviser le payement, pas plus que s'il s'agissait d'un créancier unique.

(1) DUMOULIN, P. 2, n° 23.

Les héritiers du créancier pouvaient, en effet, s'entendre pour céder leur créance à un seul ; pourquoi ne pourraient-ils pas avoir de même un seul mandataire? Ils le peuvent même d'autant mieux que le mandat est révocable, tandis que la cession, après la notification de laquelle le débiteur ne peut plus faire d'offres aux créanciers cédants, est, au contraire, irrévocable. Un mandat est donc moins préjudiciable au débiteur qu'une cession.

Quant aux conventions particulières par lesquelles on prétend que l'un ne peut nuire à l'autre, il faut remarquer que le débiteur n'a pas la disposition de l'obligation pour se substituer un autre obligé; tandis qu'elle appartient au créancier, à l'effet de donner, de céder, de subroger à ses droits. On ne peut donc point raisonner du droit de l'un au droit de l'autre.

Ajoutons que la divisibilité a été surtout introduite pour le commun avantage de ceux entre lesquels elle s'opère, qu'on ne peut, en conséquence, en retourner le principe et les effets contre ceux en faveur desquels elle a été établie, et qui peuvent toujours renoncer à son bénéfice (1).

Mais il convient de tempérer la rigueur de cette décision, et de ne l'appliquer strictement que dans le cas où les héritiers ont constitué un mandataire unique, avec l'intention d'empêcher tout payement divisé de la portion afférente à chacun d'entre eux. Si donc il résulte des circonstances que, tout en donnant mandat de recevoir à une seule personne, il n'a pas été dans leur intention de renoncer à la division de la dette, ni d'en modifier les effets, le débiteur pourra valablement offrir et effectuer un payement partiel entre les mains du mandataire, considéré comme représentant des intérêts unis, mais toujours distincts et non solidarisés. Ils ne font alors que se conformer, l'un en payant, et l'autre en recevant, à la véritable pensée du mandat. Le mandataire pourrait

(1) Dumoulin, p. 2, n°s 24 et suiv. — Pothier, n° 319. — Toullier, t. 6, n° 758.

même être réputé en faute, à l'égard de son mandant, pour avoir refusé le payement partiel de sa portion virile.

La division cesse encore lorsque les héritiers du créancier sont placés sous la tutelle de la même personne. Le tuteur agissant simultanément pour tuus, peut exiger la totalité, sans que le débiteur puisse régulièrement lui offrir un payement divisé. Car, en sa qualité de tuteur, représentant ses pupilles, il peut renoncer en leur nom, et comme ils pourraient le faire, s'ils étaient majeurs, au bénéfice de la division de droit.

20. Mais nous devons remarquer que ce n'est qu'au mandataire des créanciers que nous accordons le droit de refuser un payement partiel. Le débiteur peut, en effet, offrir à chaque mandant sa part divisée dans la créance; et ce dernier ne peut refuser ce payement partiel. Car les offres comprenuent tout ce qui lui est dû, et il n'a ni intérêt, ni qualité pour exiger personnellement le payement de l'intégralité de la créance.

21. Si, dès le principe, il y a plusieurs créanciers ou débiteurs, les droits et l'obligation se divisent, quoique nés d'une source commune. Par exemple, si deux prêtent ou empruntent ensemble, le contrat se divise dès le principe, et est acquis à chacun d'eux pour sa part et portion virile.

D'où la conséquence qu'il n'y a point lieu, dans ce cas, à consolidation active ou passive. Soit que les créanciers cèdent à un seul, ou aient un seul héritier; soit que les débiteurs aient aussi un seul héritier, il y a toujours lieu à un payement simplement divisé, parce qu'il y a autant d'obligations que de contractants conjoints, à raison de la division originaire du contrat. De même, en cas de mandat donné à la même personne par les créanciers conjoints.

Exceptons néanmoins le cas où les parties auraient contracté solidairement, ce qui empêche la division, ou comme associés et au nom de la société qui constitue une personne morale. Dans ce cas, l'obligation est une (1).

(1) DUMOULIN, P. 2, nos 28, 29, 34. — POTHIER, *Oblig.*, n° 320. — TOULLIER, T. 6, n° 758.

Observons enfin que, dans le cas même où l'obligation se divise dès le principe, il y a lieu à consolidation quant aux portions viriles en lesquelles elle se divise. Chacune de ces portions, considérée isolément, constitue en effet une obligation qui est une.

Article 1221.

Le principe établi dans l'article précédent reçoit exception à l'égard des héritiers du débiteur : — 1° Dans le cas où la dette est hypothécaire ; — 2° lorsqu'elle est d'un corps certain ; — 3° lorsqu'il s'agit de la dette alternative de choses, au choix du créancier, dont l'une est indivisible ; — 4° lorsque l'un des héritiers est chargé seul par le titre de l'exécution de l'obligation ; — 5° lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement. — Dans les trois premiers cas, l'héritier qui possède la chose due ou le fonds hypothéqué à la dette peut être poursuivi pour le tout sur la chose due ou sur le fonds hypothéqué, sauf le recours contre ses cohéritiers. Dans le quatrième cas, l'héritier seul chargé de la dette, et, dans le cinquième cas, chaque héritier peut aussi être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre ses cohéritiers.

Sommaire.

1. Pourquoi l'article 1221 occupe cette place.

§ 1.

2. Indivisibilité de l'hypothèque.
3. Elle est active ou passive.
4. Suite. Distinction entre l'action personnelle et l'action hypothécaire. Chose indivise hypothéquée par l'un des ayants-droit.
5. Indivisibilité du gage.

§ 2.

6. Sur quoi est fondée cette seconde exception.
7. La possession doit résulter du partage.
8. Renvoi.
9. Le droit de poursuivre le détenteur pour le tout est une simple faculté.
10. Le détenteur ne peut offrir un payement partiel.
11. L'article 1221 s'applique à toute obligation de livrer.
12. En quoi il y a exception au principe de la divisibilité. Conséquences.
13. Elle a lieu indépendamment de celle prévue au n° 5 de l'article.
14. Des obligations dont l'objet est indéterminé.
15. Distinction entre une paire de bœufs et deux bœufs, etc.
16. Suite.
17. Différence entre l'obligation de plusieurs choses indéterminées et celle de plusieurs corps certains.

§ 3.

18. En quel sens l'obligation alternative est indivisible.
19. Suite. Son caractère dépend de l'option,
20. Même lorsque le choix appartient au créancier.

§ 4.

21. Différence entre le droit romain et le droit français.
22. Il faut distinguer si l'héritier est chargé de l'exécution de l'obligation ou de l'obligation elle-même.
23. Cette exception suppose qu'il a été chargé de l'exécution.
24. Le créancier peut toujours poursuivre les héritiers pour leurs parts viriles.
25. Il y a plutôt solidarité qu'indivisibilité.
26. L'héritier chargé de l'exécution doit être condamné seul pour le tout.
27. Conséquences de cette solidarité. Renvoi.
28. Étendue de cette solidarité.
29. Il n'en résulte pas qu'un seul puisse recevoir la totalité.

§ 5.

30. Les rédacteurs du Code se sont écartés de l'opinion de Pothier.
31. Les trois espèces d'indivisibilité résumées.
32. L'article 1221 ne s'occupe pas des deux premières espèces.
33. De l'indivisibilité de payement quant à l'action.
34. Elle ne doit pas être confondue avec celle qui a lieu lorsque la dette est d'un corps certain.
35. Exemples.
36. Des obligations alimentaires.

37. De l'indivisibilité de payement quant à l'exception. Exemples.
38. Conséquences.
39. Elle a lieu sans préjudice du droit de poursuivre pour le tout le détenteur de la chose.
40. Les qualités de l'obligation se définissent mieux du côté du débiteur que du côté du créancier.
41. Elle peut être indivisible du côté du débiteur, et divisible du côté du créancier. Exemple. Rachat.

COMMENTAIRE.

1. L'article 1221 embrasse cinq cas différents, qui sont autant d'exceptions au principe établi dans l'article précédent, c'est-à-dire au principe de la divisibilité. Or toute exception au principe de la divisibilité semble rentrer dans les termes mêmes de l'indivisibilité. Notre article devrait donc être le premier du paragraphe suivant, qui traite des effets de l'obligation indivisible.

Comment se fait-il, cependant, qu'il soit placé sous le paragraphe qui s'occupe des effets de l'obligation divisible? Serait-ce parce que l'exception suit ordinairement la règle, et qu'on doit, en conséquence, la placer immédiatement après? Cette raison serait insuffisante; car l'indivisibilité est plus qu'une exception à la divisibilité; elle constitue, par elle-même, un principe particulier.

Voici comment nous expliquons la place, en apparence peu logique, que l'article 1221 occupe dans la distribution de cette section : L'article 1220 détermine la part dont chaque héritier du débiteur est tenu lorsqu'il s'agit d'une dette divisible. Se plaçant au même point de vue, à savoir, au point de vue des obligations de chaque héritier du débiteur, l'article 1221 explique comment et dans quelle mesure chaque héritier est tenu dans les cinq cas exceptionnels qu'il examine. Mais ce point de vue ne présente lui-même qu'une des faces de la question, en ce qui concerne les obligations indivisibles. Ainsi restreintes et limitées, les dispositions de l'article 1221 se réduisent donc aux proportions d'une simple exception au principe de la divisibilité.

D'autre part, il ne faut point s'imaginer que les cinq cas posés par elles ne supposent que des obligations purement indivisibles. Nous montrerons bientôt qu'ils en contiennent soit d'indivisibles, soit de solidaires, soit même de divisibles. Car il n'est pas essentiel, pour que chaque héritier du débiteur soit tenu de la totalité de la dette, qu'elle présente un caractère pur d'indivisibilité. Raison de plus pour ne pas avoir placé l'article 1221 sous le paragraphe suivant.

§ 1.

2. « Le principe établi dans l'article précédent, dit notre article, reçoit exception à l'égard des héritiers du débiteur, 1° dans le cas où la dette est hypothécaire...» Cette première exception est fondée sur ce que, de sa nature, l'hypothèque est indivisible et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles (2114). *Est tota in toto et tota in qualibet parte.*

Mais cette indivisibilité ne s'applique qu'à l'action qui naît de l'hypothèque, et non au payement de la créance. Elle a son principe dans cette idée, vraie en elle-même, que chaque partie de la chose est affectée à la garantie de l'obligation et à chacune de ses parties, comme la chose entière, et qu'elle ne peut être purgée que par le payement intégral de la dette.

3. Cette indivisibilité est active ou passive.

C'est un des effets de l'indivisibilité passive de l'hypothèque, que les héritiers, légataires universels ou à titre universel, quoique tenus personnellement des dettes et charges de la succession pour leur part et portion virile seulement, en sont tenus hypothécairement pour le tout, sauf recours (873, 1009, 1012). L'article 1221 le dit encore d'une manière plus expresse : l'héritier qui possède le fonds hypothéqué peut être poursuivi pour le tout sur le fonds hypothéqué, sauf le recours contre ses cohéritiers.

Que l'on veuille bien remarquer que, pour tout ce qui excède sa part virile dont il est personnellement tenu, l'héritier ne

peut être poursuivi qu'hypothécairement sur le fonds hypothéqué. Car l'obligation hypothécaire, la seule sur laquelle la poursuite puisse se fonder, ne lie pas la personne du débiteur, mais s'attache seulement à la chose et la suit dans les mains de l'héritier (1). Aussi, l'héritier poursuivi par action hypothécaire ne l'est-il, pour l'excédant de sa part virile dans la dette, que comme tiers détenteur, de telle sorte que les conclusions de la poursuite tendent principalement au délaissement, s'il ne préfère payer (2).

L'indivisibilité de l'hypothèque a encore lieu passivement lorsque le débiteur laisse plusieurs héritiers, et que l'un d'eux paye sa part virile de la dette. Nonobstant ce payement, la chose continue à être affectée en totalité, sans que celui qui a payé puisse demander une radiation de l'hypothèque dans la proportion de la somme qu'il a acquittée.

Un autre de ses principaux effets est que l'héritier peut être poursuivi hypothécairement pour le tout, quelque faible que soit la portion de la chose grevée qui se trouve dans ses mains.

Elle a lieu activement, par exemple, lorsque le créancier laisse plusieurs héritiers, dont l'un reçoit du débiteur sa part virile dans la créance. L'immeuble n'en continue pas moins à être grevé en totalité au profit des autres, sans que le débiteur puisse demander un dégrèvement proportionnel.

4. Il faut bien se pénétrer de ce point; c'est que l'hypothèque et l'action hypothécaire qui en découle sont seules indivisibles; et l'hypothèque n'est elle-même indivisible que sous deux rapports, en ce qu'elle affecte chacune des parties de la chose, et en ce que la chose est affectée tout entière au payement de la plus petite partie de la dette. Mais si la dette est en elle-même divisible, l'hypothèque, tout indivisible qu'elle soit, ne lui attribue aucun caractère d'indivisibilité (2249).

L'obligation, en ce qu'elle a de personnel, et l'action personnelle qui en naît, se divisent donc toujours de plein droit

(1) L. 2, C. *Si unus ex plur.*
(2) L. 2, C. *ibid.*

entre les héritiers du débiteur ou du créancier. D'où il suit que chaque héritier du débiteur n'est tenu par l'action personnelle, comme chaque héritier du créancier n'est lui-même personnellement saisi que suivant la part pour laquelle il représente son auteur.

Ainsi, sous le prétexte de l'indivisibilité de l'hypothèque, le débiteur ne peut forcer les créanciers à recevoir plus que leur part virile, soit à se concilier pour recevoir un payement intégral et commun, afin de lui donner main-levée entière de l'hypothèque. Chaque créancier, n'étant saisi que de sa part, n'a qualité que pour recevoir cette part; et, quant à l'indivisibilité de l'hypothèque, outre que le débiteur ne peut la tourner contre le créancier en faveur duquel elle a été établie, c'est à lui à faire toutes diligences utiles et nécessaires pour se libérer et dégrever sa propriété à l'égard de tous (1).

Il en résulte encore que, si le créancier laisse deux héritiers, la prescription peut courir contre l'un, tandis qu'elle ne court point contre l'autre, par exemple, pour cause de minorité (2).

De même, elle peut s'acquérir en faveur de l'un des débiteurs, et non en faveur des autres.

Il faut, en un mot, appliquer à l'action personnelle qui naît de l'obligation, les principes de la divisibilité, et n'appliquer ceux de l'indivisibilité qu'à la seule action hypothécaire.

D'autre part, si l'un des copropriétaires d'une chose indivise a consenti hypothèque sur sa part, l'indivisibilité juridique de l'hypothèque ne fait pas qu'elle s'étende sur la totalité de la chose. On ne saurait enter cette indivisibilité sur l'indivision; car chacun des copropriétaires n'a de droits indivis sur la totalité et chaque partie de la chose, que pour faire déterminer sa part au moyen du partage. Il faut donc commencer par établir cette part, par circonscrire l'assiette de l'hypothèque; et ce sera seulement après cette première opération, nécessitée par l'indivision de la chose, que le créancier pourra

(1) Cass., 9 nov. 1847. Sirey, 48, 1, 289.
(2) Troplong, *Hyp.*, n° 884.

se prévaloir, dans l'exercice de ses droits hypothécaires, de l'indivisibilité de l'hypothèque. Mais, en ce qui concerne l'existence et l'étendue de l'hypothèque concédée, ainsi que l'action qui en naît envers le débiteur ou les tiers détenteurs, elle devra se concilier avec les principes qui régissent, soit les effets déclaratifs du partage (883), soit la mise en vente d'une part indivise (2205).

5. Le gage n'est pas indivisible autrement que l'hypothèque. Il est indivisible, nonobstant la divisibilité de la dette entre les héritiers du débiteur ou ceux du créancier. L'héritier du débiteur, qui a payé sa portion de la dette, ne peut demander la restitution de sa portion dans le gage, tant que la dette n'est pas entièrement acquittée. Réciproquement, l'héritier du créancier, qui a reçu sa portion de la dette, ne peut remettre le gage au préjudice de ceux de ses cohéritiers qui ne sont pas payés (2083, 2090). C'est que la cause du gage est indivisible, *indivisa pignoris causa est*, dit Papinien (1).

§ 2.

6. Une seconde exception a lieu lorsque la dette est d'un corps certain. Par cette expression de corps certain, on doit entendre toute chose déterminée dans son individualité, telle qu'un cheval, un attelage, un plat d'argent, un pré, un corps de domaine.

Mais cette seconde exception a besoin d'être expliquée. Voici en quoi elle consiste, aux termes mêmes de l'article 1221 : c'est que l'héritier qui possède la chose due peut être poursuivi pour le tout sur cette chose, sauf son recours contre ses cohéritiers.

Ce n'est pas que l'obligation soit indivisible ; elle est, au contraire, parfaitement divisible, et nous aurons à déduire les conséquences de cette divisibilité. Mais, comme l'exécution doit s'en faire sur celui des héritiers qui, par l'effet du partage, est devenu seul possesseur de la chose, il en résulte

(1) L. 65, *ff. De evict.*

qu'il peut être poursuivi et condamné seul à la délivrance de cette chose pour le total, sauf recours. C'est ce que Dumoulin enseigne en termes fort énergiques. Bien que l'action soit personnelle, dit-il, cependant l'exécution du jugement est réelle, et la division ne doit pas porter atteinte à la force du jugement à intervenir, ni empêcher l'exécution sur la chose et contre son possesseur (1).

7. Pour que ce possesseur puisse être poursuivi pour le total, il faut que la chose due soit arrivée dans ses mains par suite du partage. Car si, en dehors de tout partage ou de tout autre acte en tenant lieu, il était en possession de cette chose, d'une façon simplement matérielle, et sans autre titre, même apparent, que sa qualité d'héritier pour partie, il ne pourrait être poursuivi ni condamné pour le total. Tant qu'il n'a point été fait de partage, la chose demeure indivise entre tous, et, comme l'obligation est divisible, nul d'entre eux n'a le droit, ni en même temps le moyen, d'en opérer la délivrance pour la totalité (2).

8. Si l'un des héritiers possédait la chose due, non en vertu d'un partage, mais en vertu d'un titre qui lui fût personnel et de son chef, il ne pourrait être poursuivi pour le tout, mais seulement pour la part dont il est tenu comme héritier (3). Mais, comme ce point rentre dans la question relative à l'indivisibilité prétendue de l'action ou de l'exception de garantie, nous aurons plus loin à y revenir.

9. Le droit de poursuivre pour le tout le détenteur de la chose due est une simple faculté pour le créancier. Il n'en conserve pas moins celui de poursuivre et de faire condamner les autres héritiers pour leurs parts viriles (4).

(1) Dumoulin, p. 2, n° 84.
(2) Pothier, *Oblig.*, n° 302. — Zachariæ, t. 2, pag. 289, n^te 28. — Duranton, t. 11, n° 283.
(3) Pothier, *Oblig.*, n° 302.
(4) Pothier, *Oblig.*, n° 302.

10. De ce que celui des débiteurs qui est en possession de la chose due peut être poursuivi seul, et doit être condamné pour le tout à la délivrance de cette chose, il résulte qu'il ne peut valablement offrir un payement partiel. Le créancier est en droit de le refuser, comme n'étant pas libératoire.

11. L'article 1221 comprend, dans la généralité de ses termes, toute espèce d'obligation de livrer; et il est indifférent qu'il s'agisse, par exemple, d'une prestation à titre de vente, d'échange, de louage, ou d'une restitution à titre de dépôt, de commodat. Il suffit qu'il s'agisse d'une obligation de donner, ou, pour employer les termes mêmes de notre article, que la dette soit d'un corps certain.

Ce n'est pas qu'il soit ici question d'une véritable action en revendication, et du délaissement qu'il y a lieu de faire en conséquence. Il ne s'agit que d'une obligation de livrer, dont l'accomplissement est demandé par l'action personnelle qui en dérive. Comme l'action en revendication se poursuit toujours contre le détenteur de la chose, il est manifeste que l'exception consacrée par le n° 2 de notre article aux principes de la divisibilité, ne saurait s'appliquer à cette action, mais seulement à l'action personnelle.

12. Que l'on veuille bien ne pas perdre de vue qu'il n'y a ici d'exception au principe de la divisibilité qu'en ce sens, que celui des héritiers qui possède la chose peut être poursuivi seul, et doit être condamné pour le tout à en opérer la délivrance ou la prestation. L'obligation n'est pas autrement indivisible, soit à l'égard du débiteur, soit à l'égard du créancier. Pour tout le reste, elle continue donc à être parfaitement divisible.

Comme elle s'est ainsi divisée de plein droit entre tous, chacun d'eux a été, dès le principe, tenu pour sa part et portion virile; d'où la conséquence qu'il peut être encore poursuivi dans cette mesure par le créancier, nonobstant toute clause par laquelle un seul se serait chargé, pour les autres et en leur acquit, d'exécuter l'obligation. Car il ne leur appartient pas

de se décharger par une convention particulière, sans le concours et le consentement du créancier, de l'obligation dont ils sont tenus envers lui.

Tels sont encore les effets de la divisibilité de la dette, que, si la prescription est acquise contre le créancier pour la part virile de celui qui possède, il ne peut lui demander de délivrance que jusqu'à concurrence des portions pour lesquelles la prescription n'a pas eu lieu. Ses droits étant divisés ont pu s'éteindre et se perdre divisément envers ceux qui n'étaient tenus que pour partie.

Au contraire, si la prescription n'était point acquise en faveur de celui qui possède la chose due, elle n'aurait pas lieu en faveur des autres débiteurs, alors même qu'un temps suffisant pour prescrire eût couru sur leur tête. Si les droits du créancier sont alors conservés pour le tout, c'est qu'ayant une action pour la totalité contre le possesseur de la chose due, il lui suffit d'avoir conservé ses droits contre ce dernier, pour les avoir en même temps conservés pour la totalité. Voilà sans doute une notable exception, en ce qui concerne la prescription, aux effets de la divisibilité.

13. L'exception dont nous nous occupons ici a lieu indépendamment de celle qui peut exister conformément au n° 5 de l'article 1221, lorsqu'il résulte de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement. Mais, dans ce dernier cas, ainsi que nous l'expliquerons plus loin, il y a moins une exception aux principes de la divisibilité, que l'application exacte des principes mêmes de l'indivisibilité.

14. Lorsque l'objet de l'obligation consiste en une chose qui n'est déterminée que dans sa quantité et dans son espèce, l'exception portée au n° 2 de l'article 1221 ne peut, du moins immédiatement, recevoir d'application. En effet, si cet objet, même après sa détermination, consiste en une chose qui s'apprécie au compte, au poids ou à la mesure, l'obligation est

parfaitement divisible, à moins qu'il ne résulte de l'intention expresse ou présumée des parties, une indivisibilité quant au payement, *solutione* (1221, n° 5).

Si, d'autre part, l'objet n'est déterminé que quant à son espèce, comme une paire de bœufs, un attelage de quatre chevaux, un cheval, n'y ayant point encore de corps certain, tant que la chose n'est pas déterminée dans son individualité, notre exception ne saurait être appliquée. Le créancier ne peut donc poursuivre que pour sa part et portion chacun des héritiers du débiteur, soit afin qu'ils s'entendent sur la détermination de la chose, ou afin qu'il soit lui-même autorisé à se la procurer à leurs frais.

Mais, aussitôt que les héritiers du débiteur, qui ne peuvent séparément délivrer, l'un un tiers de tel cheval, l'autre un quart de tel autre cheval (1), et sont forcés, pour se libérer, de s'entendre sur la détermination de la chose due, ont déterminé le cheval dans son individualité, comme alors il y a dette de corps certain, l'exception reçoit son application exacte. Le créancier peut poursuivre pour le tout celui d'entre eux qui possède le cheval.

15. Nous avons parlé d'une paire de bœufs, d'un attelage de quatre chevaux; nous devons faire une observation à cet égard. Ce ne sont pas deux bœufs distincts, quatre chevaux distincts; c'est un tout, un objet collectif qui est dû, *non debentur singula corpora, sed unum integrale.* Les héritiers du débiteur ne peuvent donc offrir valablement chacun un bœuf ou un cheval. De pareilles offres ne sont pas satisfactoires (2).

16. Mais il en est autrement si les chevaux sont dus, *ad numerum, non sub nomine quadrigæ*, ou bien encore s'ils sont dus *simpliciter in genere*, comme individus à déterminer dans un genre de même espèce. Dans ce cas, il y a autant de corps

(1) L. 85. § 4, *ff. De verb. oblig.*—DUMOULIN, P. 2, n° 125.—POTHIER, *Oblig.*, n° 312.

(2) TOULLIER, T. 6, n° 776.

certains distincts, quand ils sont déterminés, qu'il y a de chevaux, et non un seul corps certain unique, comme au cas d'un attelage. A la rigueur, il semble que les héritiers du débiteur, alors même que leur nombre cadre exactement avec une division parfaite des choses dues, ne peuvent offrir chacun un cheval, parce que chacun d'eux doit non un cheval, mais une portion dans chaque cheval.

C'est là un pur sophisme, dit Dumoulin (1), parce que chaque cheval, dans son genre, *in genere*, ayant la même valeur qu'un autre, l'équité et le défaut d'intérêt veulent que l'obligation se divise dans son payement en portions distinctes, quand cette division correspond exactement avec le nombre des héritiers (2). Ainsi, chacun des héritiers du débiteur, s'ils sont quatre, pourra régulièrement offrir un cheval au créancier, comme chacun des quatre héritiers du créancier peut demander un cheval au débiteur; ce qui n'aurait point lieu, s'il s'agissait d'un corps certain unique, tel qu'un attelage de quatre chevaux.

17. Il y a en effet cette différence, sous le rapport de leur divisibilité, entre les obligations qui comprennent plusieurs choses indéterminées et celles qui comprennent plusieurs corps certains, que les premières se divisent numériquement, quand une division exacte en est possible, et que les autres se divisent par portions dans chaque corps certain. Telle est l'obligation qui contient un cheval et une maison, un hectare de terre et un hectare de pré ou un autre hectare de terre déterminé. Chaque héritier du créancier a sa part dans chaque corps déterminé et certain, comme chaque héritier du débiteur en doit sa part (3).

Ainsi, deux personnes ont conjointement stipulé deux esclaves, Stichus et Pamphilus, disons aujourd'hui deux chevaux, Rapide et Brillant; le débiteur ne pourra se libérer, en

(1) P. 2, n° 41.
(2) Toullier, t. 6, n°s 756 et 776. — Duranton, t. 11, n° 287.
(3) Pothier, *Oblig.*, n° 321.

payant tel cheval à l'un et tel cheval à l'autre ; car les créanciers ont chacun une moitié de chaque cheval. Supposons maintenant qu'ils aient conjointement stipulé dix chevaux. Cette stipulation présente dans son exécution un sens amphibologique, le partage des choses qui en sont l'objet pouvant s'entendre de deux manières, en ce sens, d'abord, que la division doit s'en faire entre les créanciers, *in numero*, de façon que chacun a cinq chevaux, et encore, en ce sens, que la division doit s'opérer *in specie*, de façon que chacun a une moitié de chaque cheval (1). Quelles qu'aient été à cet égard les controverses qui se sont élevées entre les interprètes du droit romain, nous nous en tenons à la distinction que nous avons posée. L'objet de l'engagement consiste-t-il en choses qui ne sont déterminées que quant à leur espèce; la division s'en fait entre les créanciers numériquement, *numero*, pourvu qu'elle soit exactement possible; comme lorsqu'il s'agit d'huile, de blé et autres choses semblables, qui constituent une espèce commune et dont la division numérique est conforme à la volonté et aux intérêts du débiteur et des créanciers (2).

L'objet de l'engagement consiste-t-il, au contraire, dans des corps certains et déterminés ; leur diversité spécifique exige que la division s'en fasse spécifiquement, *specie*, c'est-à-dire que chaque stipulant ou chaque héritier du stipulant ait sa part virile dans chacun de ces corps ; *partes corporum cuique debebuntur* (3). Si donc j'ai stipulé cent hommes, disons cent chevaux, cent moutons, à mon choix ou à celui de mon héritier, et que je vienne à décéder avant d'avoir fait mon option, laissant deux héritiers, la stipulation se divise numériquement, *numero dividitur stipulatio*. Mais il en sera autrement, s'ils ne sont devenus héritiers qu'après mon option faite (4). Pourquoi? c'est qu'à défaut d'option, les choses qui font le sujet

(1) L. 29, *ff. De solut.*
(2) L. 29, *ff. De solut.*
(3) L. 29, *ff. De solut.* — L. 54, *ff. De verb. oblig.*
(4) L. 117, *ff. De verb. oblig.*

de l'engagement sont indéterminées, tandis que par l'option elles se changent en corps certains.

Toutefois, dans ce cas même, comme l'exercice séparé du droit de choisir pourrait se faire au détriment de l'un des héritiers, la justice devrait assurer entre eux une parfaite égalité, soit par l'emploi de certaines mesures convenables à cet effet, soit même par la substitution d'une division spécifique à une division numérique de l'objet de l'engagement. Si ce dernier mode de partage est admis dans certaines hypothèses, c'est en effet toujours à la condition et dans la pensée qu'il ne préjudicie à personne.

§ 3.

18. Lorsqu'il s'agit d'une dette alternative, aucun des débiteurs n'est admis à payer sa part dans une chose, si les autres ne sont prêts à payer leurs parts dans la même chose. C'est l'une des choses qui est due au créancier, et non des parts dans des choses différentes.

Si la créance s'est divisée du côté du créancier, le débiteur ne peut offrir à chacun sa part dans des choses différentes, ni chacun des créanciers l'exiger. Une seule chose est due, qui ne peut d'aucun côté se diviser dans son payement, malgré ceux qui doivent payer ou recevoir (1). Aussi, tous les créanciers doivent-ils, comme tous les débiteurs, porter leur option sur une chose unique. Or nous avons expliqué plus haut (2) comment l'option devait être faite du côté des uns et des autres.

19. Mais, lorsque le choix a été une fois fait, le caractère de l'obligation s'apprécie suivant la divisibilité ou l'indivisibilité de l'objet qui a été choisi, soit par les héritiers du débiteur ou par ceux du créancier. Ainsi, l'obligation est divisible, si la chose déterminée est divisible ; indivisible, si elle est indivisible. Aucune difficulté ne saurait s'élever à cet égard. Aussi, n'est-ce point l'hypothèse de notre article.

(1) Dumoulin, p. 2, n° 130. — Pothier, *Oblig.*, n° 312. — Rodière, n° 390.

(2) Voy. 1191, n°s 9 et suiv.

20. Que veut-il donc dire, lorsqu'il dispose qu'il y a une troisième exceptiou, lorsqu'il s'agit de la dette alternative de choses, au choix du créancier, et dont l'une est indivisible? Il signifie tout simplement que le créancier à qui le choix appartient peut opter pour la chose indivisible, et fixer ainsi le caractère indivisible de l'obligatiou, sans que les héritiers du débiteur puissent l'en empêcher, sous prétexte que l'obligation comprend alternativement une autre chose divisible (1). Mais nous ne pouvons nous empêcher de remarquer que ce n'est point là une véritable exception au principe de la divisibilité; que ce n'est que l'application rigoureuse des principes combinés de l'obligation alternative et de l'obligation indivisible.

§ 4.

21. La quatrième exception a lieu lorsque l'un des héritiers est chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation (1221, n° 4).

Il est sans doute indifférent que ce soit par le titre constitutif de l'obligation ou par un titre postérieur; il importe peu, ensuite, que ce soit par convention on par testament.

Il paraît cependant qu'en droit romain on ne pouvait valablement convenir que la dette serait acquittée en entier par chacun des héritiers du débiteur (2). Il semblait que ce fût promettre le fait d'autrui, en promettant le fait d'un héritier pour plus qu'il ne devait être tenu suivant sa part héréditaire. Mais ces principes n'ont jamais été admis dans notre ancienne jurisprudence française, qui a toujours reconnu aux parties le droit de régler le temps, le lieu et le mode du payement d'une obligation au préjudice de leurs héritiers (3).

De même donc qu'un débiteur peut, par son testament, charger chacun de ses héritiers de l'exécution totale de l'obli-

(1) TOULLIER, T. 6, n° 763. — DURANTON, T. 11, n° 289. — ZACHARIÆ, T. 2, pag. 290.

(2) L. 56, § 1, *ff. De verb. oblig.*

(3) DUMOULIN, P. 2, n°s 30 et 31. — POTHIER, *Oblig.*, n° 313.

gation, de même il peut, en contractant, convenir à l'avance que chacun de ses héritiers en sera chargé pour la totalité.

22. Dans les rapports des héritiers entre eux, il importe de distinguer si l'héritier est simplement chargé de l'exécution de l'obligation, ou bien s'il est chargé de l'obligation elle-même. Lorsqu'il n'est chargé que de l'exécution de l'obligation, le payement qu'il en fait lui ouvre un recours contre les autres héritiers. Car, pour tout ce qui excède sa part virile, il a payé à leur décharge et en leur acquit. Alors, au contraire, qu'il est chargé de l'obligation elle-même, quand il paye il ne fait qu'acquitter sa dette, et n'a, en conséquence, aucun recours à exercer contre les autres héritiers (1).

Il ne sera peut-être pas toujours facile d'établir cette distinction. On aura, dans ce cas, à suivre les règles ordinaires de l'interprétation, en ayant soin d'observer que le doute devra toujours s'interpréter dans un sens favorable au recours de celui qui a payé contre ses consorts, parce que ce recours est fondé sur la divisibilité de la dette, qui est de droit commun.

Remarquons encore que, dans le cas même où un seul des héritiers est chargé sans recours de la totalité de la dette, il ne laisse pas d'être fondé à exercer ce recours contre ses cohéritiers, si le titre qui le charge de l'obligation ne peut lui-même valoir comme acte de libéralité envers eux. Car la dispense de recours est une libéralité qui ne peut avoir effet que si elle est exprimée dans un acte de donation entre vifs ou de disposition testamentaire (2).

23. Supposons que l'héritier soit seulement chargé de l'exécution de l'obligation. Nous devons même nécessairement le supposer ; car, il ne saurait être question de divisibilité ou d'indivisibilité, si l'obligation ne concernait qu'un débiteur unique. Telle est, d'ailleurs, l'hypothèse expressément prévue par l'article 1221.

(1) Voy. Duranton, t. 11, nos 292 et 296.
(2) Duranton, t. 11, no 295. — Rodière, no 391.

Cette hypothèse générale se divise elle-même en trois hypothèses différentes. Chacun des héritiers du débiteur peut avoir été également chargé de l'exécution de l'obligation; un seul peut en avoir été chargé; ou bien enfin, quelques-uns seulement. Dans tous les cas, celui ou ceux qui en ont été chargés peuvent être poursuivis pour le tout, sauf leur recours contre leurs cohéritiers.

24. Au lieu de les poursuivre pour le tout, le créancier peut poursuivre les héritiers pour leur part virile seulement.

Et quant à ceux qui n'ont point été chargés de l'exécution de l'obligation, il peut de même exercer contre eux une action divisée. Son titre, pour lui conférer des droits plus étendus, ne le prive pas de ceux qu'il tient de la loi commune.

25. Je ne sais si je m'abuse, mais il me semble que les auteurs se sont, jusque-là, étrangement mépris sur le caractère véritable de l'obligation, lorsque les héritiers du débiteur ou quelques-uns d'entre eux ont été chargés par le titre de son exécution. L'obligation n'est pas indivisible; elle est, en réalité, solidaire (1).

On argumenterait vainement des dispositions de l'article 1221, pour prétendre qu'une semblable obligation, faisant exception au principe de la divisibilité, constitue par cela même une obligation indivisible. Il faudrait, en effet, établir que les principes de la divisibilité ne reçoivent d'exception qu'en cas d'indivisibilité. Or ceci n'est pas; car la solidarité, aussi bien que l'indivisibilité, fait exception au principe de la divisibilité. Ce n'est pas, il est vrai, qu'elle produise exactement les mêmes effets; mais elle empêche du moins comme elle la division de la dette, et autorise le créancier à poursuivre chacun des débiteurs pour la totalité. Sous ce rapport, il y a une véritable exception aux effets ordinaires de la divisibilité; et c'est exclusivement sous ce point de vue de l'étendue de l'action qui appartient au créancier, que l'article 1221 pose ses cinq cas d'exception.

(1) RODIÈRE, n° 392.

Il convient donc d'apprécier en lui-même le véritable caractère de l'obligation dont l'exécution a été imposée, par le titre qui la constitue ou par un titre postérieur, à chacun ou à quelques-uns des héritiers du débiteur. Il est évident que, si chacun d'eux peut être poursuivi pour le tout, ce n'est point à raison de la qualité de la chose qui fait l'objet de l'obligation ; car cette chose est supposée divisible de sa nature. S'ils sont soumis à une action totale, c'est donc uniquement à raison de la qualité du lien personnel qui naît de l'engagement. N'est-ce pas le caractère de la solidarité ? La solidarité ne résulte-t-elle pas de la qualité du lien juridique, tandis que l'indivisibilité résulte de la qualité de la chose due ?

Qu'un testateur charge ses héritiers solidairement de payer un legs à un tel ; aucun doute ne peut s'élever sur l'existence d'une obligation solidaire. Qu'il charge, sous une formule disjonctive, tel ou tel, ses héritiers ; encore une obligation solidaire (1). Qu'il charge enfin chacun de ses héritiers d'acquitter pour le tout une obligation préexistante ; n'y aura-t-il pas là encore une obligation solidaire ? Car il est indifférent qu'il s'agisse d'un legs ou d'une obligation antérieure. Il n'y a que cette différence, absolument insignifiante, que, dans le cas d'un legs, le testateur règle le mode de payement en même temps qu'il crée l'engagement, tandis que, dans le cas d'une obligation préexistante, il a commencé par la créer avant de finir par en régler le mode de payement. Si l'on suppose enfin qu'il a été convenu dans le contrat même que chacun des héritiers du débiteur serait tenu pour le tout de l'exécution de l'obligation, le mode de payement aura été déterminé en même temps que l'obligation était constituée ; mais, dans tous les cas, le droit de poursuivre chaque débiteur pour le tout résulte de la qualité du lien personnel, c'est-à-dire de la solidarité stipulée.

On dit (2) que cette clause n'empêche pas que chacun des

(1) Voy. 1202, n° 11.

(2) Voy. POTHIER, *Oblig.*, n° 313. — TOULLIER, t. 6, n° 768. — DURANTON, t. 11, n° 296.

héritiers du débiteur ne soit tenu que pour sa part de la dette; que l'effet en est seulement qu'il ne peut payer que la chose entière, conjointement avec ses cohéritiers; de telle sorte que des offres partielles seraient insuffisantes, si les autres n'offrent également leurs parts. Qu'est-ce à dire? N'est-ce pas là la solidarité caractérisée par ses effets immédiats et essentiels? Sans doute, la solidarité n'empêche pas que chaque codébiteur ne soit tenu que pour sa part de la dette, du moins vis-à-vis de ses consorts. Mais elle fait que chacun d'eux peut être poursuivi pour la totalité, et qu'il ne peut valablement offrir sa part au créancier, à moins que les autres ne se réunissent à lui pour offrir en même temps leurs parts, et, par la réunion de ces offres partielles, compléter les offres d'un payement intégral. Voilà comment l'obligation est indivisible, ou plutôt comment le payement est indivisible. Mais, encore une fois, les droits des créanciers et les obligations des débiteurs ne tiennent point à la qualité réelle de l'objet, mais à la qualité du lien personnel résultant de l'engagement.

Cette appréciation du caractère de l'obligation, au cas prévu par le n° 4 de l'article 1221, ne laisse pas d'avoir une certaine importance pratique. Les effets de la solidarité diffèrent, sous de nombreux rapports, de ceux de l'indivisibilité. Il est donc essentiel de distinguer avec soin l'obligation solidaire de l'obligation indivisible.

26. Le débiteur qui a été chargé seul de l'exécution de la dette peut être poursuivi pour le tout. Mais doit-il être condamné pour le tout, alors même qu'il demanderait la mise en cause des autres cohéritiers, afin de faire diviser avec eux la condamnation? Il doit être condamné pour le tout, parce que étant tenu solidairement, il ne peut opposer le bénéfice de division (1203). Sans doute, s'agissant d'une chose divisible, la condamnation, si elle était divisée, pourrait s'exécuter divisément. Mais cette exécution divisée serait la violation du titre même qui charge le débiteur de l'accomplissement intégral de l'obligation. Puisque la dette ne peut être payée par par-

ties, la condamnation ne peut être divisée, et le débiteur poursuivi pour le tout doit être condamné pour le tout, sans qu'il soit fondé à demander à mettre en cause ses cohéritiers pour faire diviser avec eux la condamnation. La loi ne lui réserve qu'un recours, et l'exercice même de ce recours suppose une condamnation pour la totalité (1).

Mais il peut les appeler en garantie, afin d'obtenir contre eux une condamnation qui assure à leur égard l'exercice de son recours divisé.

27. Nous ne saurions déduire ici les diverses conséquences de la solidarité qui caractérise, dans notre hypothèse, l'obligation des héritiers chargés de l'exécution de la dette. Qu'il nous suffise d'avoir posé le principe, et de renvoyer à notre commentaire des obligations solidaires. C'est, en effet, dans la théorie de la solidarité, et non dans celle de l'indivisibilité, qu'il convient d'aller puiser la solution des questions qui peuvent se présenter, au sujet de l'action du créancier, des obligations des débiteurs, de la perte de la chose due, des dommages et intérêts, de la stipulation d'une clause pénale, de l'interruption ou de la suspension de la prescription, du cours des intérêts moratoires, des exceptions communes ou personnelles, de la chose jugée, de la confusion, de la compensation, de la remise de la solidarité, du recours entre codébiteurs.

Mais il est quelques observations que nous devons présenter à ce sujet.

28. Lorsque tous les héritiers du débiteur sont également chargés de l'exécution totale de la dette, l'obligation de chacun a le même caractère et la même étendue de solidarité.

Si quelques-uns seulement en sont chargés, tandis que les autres ne sont tenus que de leurs parts viriles, ceux qui sont chargés de la dette sont sans doute solidaires entre eux et dans une mesure égale; mais les autres, qui ne sont tenus que divisément, n'ont entre eux aucune obligation solidaire.

(1) Rodière, n° 397. — Marcadé, art. 1221. — *Contrà*, Duranton, t. 11, n° 297.

Au contraire, ceux qui sont chargés de l'exécution de la dette sont solidairement tenus, mais dans une proportion restreinte, avec chacun de ceux qui ne sont tenus que divisément, pour une part virile.

Voici de quelle manière : Un débiteur laisse quatre héritiers, Primus, Secundus, Tertius et Quartus. Il a chargé Primus et Secundus de l'exécution de toute la dette, qui est de douze mille francs. Ils sont solidaires entre eux et avec Tertius et Quartus. Ces deux derniers ne sont, au contraire, tenus chacun que d'un quart, soit de trois mille francs. Mais, jusqu'à concurrence de cette somme de trois mille francs, il y a solidarité entre Tertius, Primus et Secundus, comme aussi entre ces deux derniers et Quartus. Car, en ce qui concerne cette somme de trois mille francs, ils sont tous trois obligés à une même chose, de manière que chacun peut être contraint pour la totalité, et que le payement fait par un seul libère les autres envers le créancier (1200).

Leurs rapports, soit entre eux, soit envers le créancier, doivent donc être réglés, même en ce qui concerne cette somme de trois mille francs, par les principes de la solidarité. Ainsi, le créancier interrompant la prescription contre Tertius, sans renoncer d'ailleurs, ni tacitement ni expressément à la solidarité, l'interrompt aussi contre Primus et Secundus, mais il ne l'interrompt point contre Quartus, qui ne doit, sans contact avec les autres parts, que sa part virile. Et la prescription ne sera elle-même interrompue que pour trois mille francs, parce que la solidarité se restreint à cette somme, la seule qui soit due également par les trois codébiteurs. Ainsi encore, et dans la même mesure, la demande d'intérêts formée contre Tertius les fera courir contre Primus et Secundus.

Réciproquement, l'interruption de la prescription ou la demande d'intérêts contre Primus et Secundus, produit ses effets contre Tertius et Quartus, pour les trois mille francs auxquels se restreint la solidarité par rapport à chacun d'eux.

Si Primus seul avait été chargé de l'exécution de la dette,

on déterminerait, d'après les mêmes principes, les liens de la solidarité qui le rattachent à Secundus, à Tertius et à Quartus. Il serait solidaire avec eux pour trois mille francs, comme étant tous également tenus, les uns pour les autres, de la totalité de cette somme. Seulement, ceux des cohéritiers qui sont chargés solidairement de la totalité de la dette sont réputés simplement cautions des autres, jusqu'à concurrence de leurs parts viriles, de telle sorte que ces derniers payant leur propre dette, n'ont aucun recours à exercer contre les premiers, qui ont, au contraire, envers eux une action en remboursement.

29. De ce qu'un seul a été chargé de l'exécution de l'obligation, il ne s'ensuit pas qu'un seul des héritiers du créancier puisse recevoir la totalité. Le débiteur ne peut même payer à chacun d'eux que sa part; et en payant le tout à l'un d'eux, il ne serait pas libéré envers les autres.

Mais on peut convenir, soit par le titre constitutif, soit par un acte postérieur, qu'un seul des créanciers ou un seul des héritiers du créancier pourra exiger la totalité. Il est alors censé avoir mandat des autres. Et ce mandat étant exclusivement dans l'intérêt des créanciers, peut être révoqué par eux, comme un mandat ordinaire, sans autre motif que leur volonté seule (1). Leur créance rentre alors dans les règles générales de la divisibilité.

On peut enfin convenir que le débiteur pourra payer le tout, et retirer quittance des mains d'un seul des créanciers ou des héritiers du créancier. Dans ce cas, celui à qui le payement peut être fait n'a qualité que pour recevoir et donner quittance, et non pour agir. Il est un adjoint au payement, *adjectus solutioni*, comme le serait un étranger. D'où la conséquence que le mandat conventionnel ne peut être révoqué sans une juste cause, parce qu'il est à la fois dans l'intérêt du débiteur (2).

(1) DUMOULIN, P. 2, n° 32.
(2) DUMOULIN, P. 2, n° 33.

§ 5.

30. Une cinquième exception a lieu lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement (1221, n° 5).

Cette disposition est extraite presque mot à mot de Pothier (1). Mais les auteurs du Code Napoléon ont-ils entendu lui donner le même sens, la même portée que cet auteur? Nous ne le croyons pas.

Voici d'abord dans quelles hypothèses cette exception doit, suivant lui, recevoir son application; c'est lorsque la chose qui fait l'objet de la convention est susceptible, à la vérité, de parties intellectuelles, et est par conséquent divisible, mais ne peut être divisée en parties réelles, ou bien encore lorsqu'elle peut l'être en parties réelles, mais que cette division ne peut s'opérer sans qu'il en résulte un préjudice pour le créancier. Il ajoute que la demande que ferait le créancier à l'un des debiteurs de lui payer le total, ne serait pas valable et ne le mettrait pas en demeure, puisque l'obligation étant divisible, il ne doit pas le total. Néanmoins, quoique l'un des héritiers ne soit débiteur que de la partie pour laquelle il est héritier, et ne puisse être poursuivi pour le total, l'indivision de payement empêche qu'il puisse valablement offrir la part dont il est débiteur, si le surplus n'est offert en même temps par ses cohéritiers (2).

Ainsi, suivant Pothier, l'indivisibilité qui résulte de la seule intention des contractants, se bornerait, dans tous les cas, à autoriser le créancier à refuser, par voie d'exception, un payement partiel, sans qu'il fût autorisé à exiger, par voie d'action, un payement intégral.

Bien évidemment, les rédacteurs du Code Napoléon se sont

(1) *Oblig.*, n° 315.
(2) *Oblig.*, n° 316.

placés à un autre point de vue, puisque, aux termes mêmes de l'article 1221, chaque héritier du débiteur peut être poursuivi pour le tout, lorsqu'il résulte, notamment, de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement. Comment se fait-il donc qu'en employant les expressions de Pothier, pour signifier et caractériser une cinquième exception au principe de la divisibilité, ils aient tiré, d'une disposition conçue dans les mêmes termes, des conséquences expressément contraires; qu'ils aient accordé au créancier le droit de poursuivre chaque héritier pour le tout, dans un cas où le créancier n'avait, suivant Pothier, que le droit de refuser un payement partiel, sans avoir celui d'exiger un payement total?

Il est difficile de comprendre cette dissidence entre les rédacteurs du Code et un auteur qui, dans cette matière surtout, leur a servi de guide, auquel même ils ont emprunté des dispositions toutes formulées. La difficulté s'aggrave, si l'on songe qu'ils ont copié littéralement le principe pour en tirer une conséquence tout opposée. Y aurait-il contradiction de leur part? L'accusation est trop sérieuse, quand elle s'adresse au législateur, pour qu'on puisse la porter contre eux, avec une légèreté qui serait peut-être de l'irréflexion.

Est-ce une innovation qu'ils ont entendu introduire? L'imputation serait grave; car cette innovation, appliquée à quelques-uns des cas prévus par Pothier, serait le renversement d'anciens principes, certains, élémentaires. En donnant au créancier, dans tous les cas où l'intention des contractants a été que la dette ne pût être acquittée partiellement, le droit de poursuivre pour le tout chacun des débiteurs, de le faire condamner pour le tout, d'interrompre pour le tout la prescription à son égard, et de l'interrompre, en même temps, contre tous les autres; en donnant, disons-nous, ce droit au créancier, dans tous les cas, la simple indivisibilité de payement produirait aujourd'hui des effets exagérés, exorbitants, véritablement inouïs.

Disons donc que le législateur moderne, en édictant l'article 1221, n'est point tombé en contradiction; qu'il n'a pas entendu, non plus, introduire d'innovation; que, seulement, tout en employant les expressions de Pothier, il leur a nécessairement attribué un sens différent et conforme à l'esprit de ses dispositions nouvelles.

Ainsi, ne nous préoccupons nullement des sources de notre article; n'en voyons que les termes; pesons-les avec scrupule; interprétons-les dans un sens qui soit d'accord avec les principes de la raison et de l'équité, et n'oublions pas, surtout, qu'il s'agit d'une exception aux effets de la divisibilité, en ce sens que chaque héritier peut être poursuivi pour le tout.

31. Nous rappelons ici qu'il y a, suivant la classification de Dumoulin et de Pothier, trois espèces, ou, si l'on préfère, trois degrés d'indivisibilité, correspondant à trois ordres de faits pratiques. Il y a l'indivisibilité de contrat, *individuum contractu*, dont la définition se trouve dans l'article 1217; l'indivisibilité d'obligation, *individuum obligatione*, définie par l'article 1218; enfin, l'indivisibilité de payement, *individuum solutione*, dont nous aurons à extraire la définition de l'article 1221, n° 5.

Pour résumer, nous ajoutons que toute obligation est divisible quand le payement peut s'en faire par parties; que telle est la règle générale, à moins que le contraire ne soit établi *ex necessitate*, par la nécessité, par la nature même des choses, comme au cas de servitude, de gage, d'hypothèque, ce qui est alors l'indivisibilité de contrat; ou par la nature de la chose due, *vel ex naturâ rei*, comme la construction d'une maison, ce qui est l'indivisibilité d'obligation; ou bien, enfin, par le but que l'on s'est principalement proposé dans le contrat, *vel ex fine principaliter et ex compacto destinato*, comme le legs ou la promesse de dix mille francs pour la construction d'une maison, ce qui constitue alors l'indivisibilité de payement (1).

(1) Dumoulin, p. 2, n° 201.

32. La triple indication que donne l'article 1221 de la nature de l'engagement, de la chose qui en fait l'objet, de la fin qu'on s'est proposée, n'est que l'indication d'un triple élément d'appréciation, pour savoir si l'obligation est divisible ou indivisible *solutione*, quant au payement, et pour reconnaître si l'intention des parties a été que la dette ne pût être acquittée partiellement. En un mot, le n° 5 de l'article 1221 ne s'occupe nullement des deux premières espèces d'indivisibilité déjà définies par les articles 1217 et 1218, mais seulement de la troisième espèce d'indivisibilité, que nous appelons indivisibilité de payement, la seule dont nous ayons à nous occuper ici.

33. De toutes les questions que fait naître la théorie des obligations divisibles et indivisibles, les plus difficiles, les plus embarrassées, les plus confuses sont certainement celles qui sont relatives à l'indivisibilité de payement. Cette espèce d'indivisibilité, compliquée de questions d'intention, et perpétuellement en contact avec une divisibilité véritable, doit s'apprécier au double point de vue de l'action du créancier en payement total, et de l'exception qu'il oppose à un payement divisé. Nous serons ainsi, par là, amené à distinguer deux sortes d'indivisibilité de payement ; et, sans aucun doute, c'est faute par eux d'avoir établi cette distinction, que les auteurs qui ont écrit sur cette matière, avant et depuis la promulgation du Code Napoléon, sont venus se heurter contre des difficultés que quelques-uns ont déclarées insolubles (1).

Nous allons donc examiner d'abord l'indivisibilité de payement, sous le rapport du droit qu'elle confère au créancier de poursuivre chaque débiteur en payement de la totalité de la dette.

Cette indivisibilité suppose nécessairement une chose en soi divisible, et tellement divisible à tous égards, qu'elle ne peut même pas devenir indivisible quant à l'obligation, *obligatione*, mais seulement indivisible quant au payement, *solutione*. Car, si elle pouvait avoir tout autre caractère d'indivisibilité, l'in-

(1) Voy. DURANTON, T. 11, n° 300.

tervention de la volonté des contractants serait superflue pour la rendre indivisible, puisqu'elle le serait sans cela, et même à un degré plus éminent. Elle n'est donc et ne peut être indivisible, que parce que l'intention des contractants a été que le payement de la dette ne pût être effectué partiellement, c'est-à-dire que l'objet même de l'obligation fût réputé indivisible.

Lorsque les parties ont expressément manifesté leur intention à cet égard, il ne saurait y avoir de difficulté. Mais, le plus souvent, leur volonté n'est point exprimée, et il faut alors l'interpréter. Les juges auront à l'apprécier, soit d'après la nature de l'engagement, l'objet du contrat, ou le but que les parties se sont proposé, par toutes les circonstances, enfin, qui peuvent révéler leur véritable intention.

34. Il ne faut point confondre cette indivisibilité de payement avec l'exception qui a lieu lorsque la dette est d'un corps certain. En effet, si, dans ce dernier cas, il y a exception au principe de la divisibilité, c'est uniquement en ce sens que l'exécution devant s'accomplir sur la chose et sur le possesseur, celui des héritiers qui possède la chose peut être poursuivi et doit être condamné seul pour le tout. Au contraire, dans l'hypothèse de la cinquième exception, le créancier a le droit de poursuivre pour le tout chaque héritier du débiteur, sauf son recours contre ses cohéritiers, alors même que ce dernier serait en possession indivise de la chose due, ou même ne la possèderait pas du tout.

L'indivisibilité de payement a ainsi une portée plus étendue que la seconde exception, laquelle a lieu lorsque la dette est d'un corps certain. Mais, si toute dette d'un corps certain n'a pas, par elle-même, ce caractère d'indivisibilité, elle peut l'obtenir de la volonté des contractants, lorsqu'il est établi que, dans leur intention, elle ne peut être acquittée partiellement.

35. Citons quelques exemples d'obligations indivisibles, *solutione*. Vous vous êtes obligé à me payer dix mille francs,

pour me tirer de prison, pour l'exercice d'une faculté de rachat. Il résulte évidemment de la fin que les parties se sont proposée, que leur intention a été que la dette ne pût être acquittée partiellement par vos héritiers. Car la somme totale de dix mille francs est nécessaire pour ma mise en liberté, pour l'exercice du rachat ; et des payements partiels seraient contraires à notre commune intention (1).

Ce n'est pas que vous soyez censé avoir chargé chacun de vos héritiers de payer toute la somme sans division, parce que alors l'indivisibilité résulterait de la qualité du lien personnel qui naît de l'obligation. L'indivisibilité dérive, au contraire, de la nature, de la destination même de la chose due, de la qualité réelle de l'obligation.

La commune intention des contractants n'a pas été seulement que la dette ne pût s'acquitter partiellement ; elle a été encore que le créancier pût poursuivre et faire condamner chaque débiteur pour la totalité. Voilà l'indivisibilité quant à l'action, et c'est celle dont s'occupe spécialement l'article 1221, n° 5.

36. Les obligations alimentaires ne sauraient elles-mêmes être indivisibles à un autre titre. Pour leur reconnaître un caractère d'indivisibilité, il faut que l'intention des parties soit qu'elles ne puissent être acquittées partiellement. En effet, par leur nature même, les prestations alimentaires sont divisibles. Car, quoiqu'on ne puisse vivre par parties, cependant les aliments sont divisibles, en ce sens qu'ils peuvent être fournis par parties par un seul ou par plusieurs obligés. Chaque débiteur ne peut donc être poursuivi que pour sa quote-part. On peut sans doute aisément présumer, d'après la nature de l'obligation et la fin que les parties se sont proposée, que leur intention a été que la dette ne pût être acquittée partiellement ; mais c'est là une question d'interprétation, abandonnée à l'appréciation souveraine des juges. Le principe n'en est pas

(1) Dumoulin, p. 2, n° 40. — Pothier, *Oblig.*, n° 315.

moins que les prestations et dettes alimentaires sont divisibles (1).

Est divisible également et au même titre, l'obligation de cette nature qui résulte de la parenté ou de l'alliance. Chacun de ceux qui en sont tenus ne peut, en principe, être poursuivi et condamné que pour sa part et portion. L'article 208 fournit lui-même un puissant argument en faveur de la divisibilité de la dette alimentaire, puisque les aliments doivent être fixés dans la proportion des besoins de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit. Il en résulte nécessairement que le juge est appelé à diviser la dette, puisqu'il doit la répartir suivant les facultés des divers obligés, et fixer, d'après cette appréciation, la part pour laquelle chacun d'eux doit contribuer à l'acquittement de la pension alimentaire. Il est vrai que, si l'un des débiteurs était seul en position d'y satisfaire, il en serait tenu *in solidum*, pour le tout. Mais cette obligation totale résulte moins du droit que le créancier aurait de le poursuivre pour la totalité, que de l'insolvabilité même des autres, qui vaut libération à leur égard. Ce n'est que sa part qu'il paye ; et si cette dette doit alors être exécutée comme si elle était indivisible, c'est qu'il n'y a qu'un seul créancier et un seul débiteur.

Ce n'est donc que par un abus de mots et une confusion de principes, qu'on a pu dire que les obligations alimentaires constituaient des dettes solidaires. La solidarité ne se présume pas, et la loi a gardé sur ce point le silence le plus absolu. Elles ne pourraient être tout au plus que des obligations indivisibles. Mais elles n'ont, en principe, pas plus ce caractère d'indivisibilité (2) que celui de solidarité (3).

(1) DUMOULIN, P. 2, n° 238. — TOULLIER, T. 6, n° 779.

(2) *Contrà*, DURANTON, T. 2, n° 424.

(3) *Conf.*, ZACHARIÆ, T. 3, pag. 695, n^te 18. — MARCADÉ, art. 207, n° 4. — DEMOLOMBE, T. 4, n° 63. — RODIÈRE, n°s 177 et suiv. — Metz, 5 juill. 1823. SIREY, 24, 2, 11. — Nancy, 20 avril 1826. SIREY, 26, 2, 290. — Caen, 14 juill. 1827. SIREY, 28, 2, 11. — Lyon, 3 janv. 1832. SIREY, 32, 2, 549. — Pau, 30 mai 1837. SIREY, 38, 2, 218. — Limoges,

Cependant, comme elles n'ont d'autres limites que les besoins de celui à qui les aliments sont dus et les facultés de celui qui les doit, les juges peuvent, sans violer la loi, condamner un seul des débiteurs à les acquitter en totalité, à défaut des autres, et sauf recours pour les parts mises à leur charge, en expliquant, toutefois, que cette condamnation pour le tout n'excède pas la mesure de ses ressources. Et, sous ce rapport, la dette d'aliments a quelque rapport avec les obligations indivisibles. Mais, au lieu d'exister en principe, cette prétendue indivisibilité dépend exclusivement des circonstances, et n'a point dès lors les caractères essentiels de l'indivisibilité proprement dite (1).

37. Considérons maintenant l'indivisibilité sous le rapport du droit qu'elle donne au créancier de refuser un payement partiel, et de se soustraire à une exécution fractionnée.

Remarquons d'abord que toute indivisibilité de payement ne résulte jamais que de l'intention expresse ou présumée des parties. C'est donc toujours à une question d'intention qu'il faut revenir. Si leur volonté peut être que le créancier puisse poursuivre pour le tout chaque héritier du débiteur, elle peut aussi se borner à ce que le créancier puisse, seulement par voie d'exception, refuser un payement partiel, sans que néanmoins il ait le droit de poursuivre chaque héritier ou coobligé conjoint, sur les biens qui lui sont personnels, pour plus que sa part virile dans la dette. Une semblable hypothèse est parfaitement dans les termes d'une pratique journalière. Il y a mieux; nous la retrouvons formellement posée dans diverses dispositions du Code Napoléon.

Ainsi, l'action en réméré est divisible de la part des héri-

19 fév. 1846. Sirey, 47, 2, 92. — *Contrà*, Toullier, t. 2, n° 613. — Delvincourt, t. 1, pag. 378. — Proudhon, t. 1, pag. 255. — Pothier, *Contrat de mariage*, n° 391. — Colmar, 24 juin 1812. Sirey, 13, 2, 16. — 23 fév. 1813. Sirey, 14, 2, 3. — Riom, 15 mars 1830. Sirey, 33, 2, 574. — Douai, 9 mai 1853. Sirey, 54, 2, 161.

(1) Voy. Rodière, *Solidarité*, n° 178. — Demolombe, *ibid.* — Cass. 3 août 1837. Sirey, 38, 1, 412. — Bordeaux, 24 juin 1846. Sirey, 46, 2, 655.

tiers du vendeur, ou des vendeurs conjoints; mais, comme l'acquéreur a entendu avoir toute la chose ou n'avoir rien, l'obligation de retrait est indivisible à son égard, et il en oppose l'indivisibilité par voie d'exception (1668, 1669, 1670).

Lorsque l'un des héritiers du débiteur d'une rente veut racheter la part dont il est tenu, le créancier peut exiger qu'il rachète toute la rente, et refuser un remboursement partiel. C'est qu'il s'agit de la résolution d'un contrat qui ne peut se diviser contre le gré du rentier (1), bien que cependant le capital ne soit exigible que pour partie, soit au cas de faillite de l'un des débiteurs, soit en cas de non payement des arrérages pendant deux ans (2).

Lorsque l'un des héritiers du vendeur poursuit pour sa part la résolution de la vente, l'acheteur peut exiger que la résolution se fasse pour le tout, à cause de l'indivisibilité intentionnelle de l'acte.

De même encore, le vendeur peut poursuivre pour le tout la résolution du contrat, en agissant contre tous les héritiers de l'acheteur, ou tous les acquéreurs conjoints, bien qu'il n'y en ait qu'un seul qui n'ait point satisfait à ses engagements.

A plus forte raison, le bienfait ne pouvant tourner au préjudice du bienfaiteur, le donateur est-il admis à poursuivre contre tous les codonataires, pour inexécution des charges, la révocation de la donation, par exemple, contenant partage de présuccession, quoiqu'il n'y ait qu'un seul des donataires qui n'ait point exécuté les charges stipulées. C'est qu'il a été dans son intention de ne pas fractionner l'exécution du contrat, et de ne se dépouiller des biens donnés qu'en vue et à la condition de l'entier accomplissement des engagements contractés par les donataires. La donation est une, et il n'y pas de milieu entre son maintien ou sa révocation pour le tout. Car

(1) DUMOULIN, P. 2, n° 209, et P. 3, n° 23.—POTHIER, *Rente*, n° 190. —. MERLIN, Rép., v^{is} *Rente constituée*, n° 14.—TROPLONG, *Prêt*, n° 463. — *Contrà*, ZACHARIÆ, T. 3, pag. 102, n^{te} 3.—DURANTON, T. 17, n° 613. — DUVERGIER, *Prêt*, n° 336.

(2) POTHIER, *Rente*, n° 192. — TROPLONG, *Prêt*, n° 464.

une révocation partielle aurait pour conséquence de placer le donateur dans une situation toute différente de celle qu'il a entendu constituer.

Ainsi, dans l'action rédhibitoire pour vices cachés, un seul des héritiers de l'acheteur ne peut pas l'exercer pour sa part seulement, et le vendeur peut exiger qu'elle ait lieu pour le tout; tandis que l'acheteur peut fort bien ne l'exercer que contre un seul des héritiers du vendeur (1).

J'achète ou prends à ferme un héritage, un domaine; quoique la chose soit divisible, néanmoins l'un des héritiers du vendeur ou du bailleur ne sera pas reçu à m'offrir sa part indivise ou divisée, si ses cohéritiers ne sont prêts eux-mêmes à me délivrer leurs parts. C'est que je n'ai acheté ou pris à ferme la chose due qne ponr l'avoir en totalité (2).

Un acheteur laisse deux héritiers; un seul ne peut demander la délivrance même de sa part sans offrir la totalité du prix, si l'autre héritier ne l'offre lui-même, en même temps, pour sa part. Le vendcur n'a pas entendu, en effet, aliéner seulement une partie de sa chose; il a voulu l'aliéner pour le tout; et on ne peut diviser l'exécution du contrat de vente, contrairement à l'intention des parties, qui ont voulu qu'elle fût indivisible (3).

Nous appliquons aussi les mêmes principes au cas d'adjudications et de ventes faites en justice. Un adjudicataire laisse plusieurs héritiers, ou plusicurs se sont portés ensemble et conjointement adjudicataires, soit sur déclaration faite à l'audience, ou sur déclaration de command au greffe. S'il n'y a, dans le cahier des charges, une clause de solidarité qui charge les adjudicataires de payer le prix d'une manière solidaire ou indivisible, et non point par partie, les ayants-droit ne peuvent exiger de chacun d'eux qu'un payement par-

(1) Pothier, *Vente*, nos 223 et 224.

(2) Pothier, *Oblig.*, n° 315.

(3) Dumoulin, p. 2, nos 205, 206. — Troplong, *Vente*, n° 311. — Duranton, t. 16, n° 205. — Toullier, t. 6, n° 778.

tiel, correspondant au prix dont ils sont débiteurs (1). Car la solidarité ne se présume pas, et le prix total est si bien divisible qu'il se trouve divisé. Mais voici en quel sens le payement est indivisible, et il ne l'est pas autrement qu'en cas de vente ordinaire. Les offres et même le payement que l'un des adjudicataires ferait de sa part dans le prix, n'empêcheraient pas les ayants-droit, en cas d'inexécution de la part des autres adjudicataires, de poursuivre, pour le tout et contre tous, la revente en folle enchère. Il a été, en effet, dans l'intention des parties, que l'adjudication reçût une exécution indivisible, au lieu d'une exécution divisée, qui, en la maintenant pour partie, pourrait avoir pour résultat d'établir un état d'indivision entre les poursuivants et ceux des adjudicataires qui auraient offert ou payé leur portion virile du prix. Voilà en quel sens il y a un acte et un payement indivisibles (2). Il s'ensuit qu'en cas de revente par folle enchère, chaque adjudicataire ne doit que sa part dans la différence du prix, et que, si déjà il avait acquitté le prix à sa charge, il pourrait répéter ce qui excède cette différence, sans qu'il puisse être contraint, sur ses biens personnels, pour plus que sa part dans le prix d'adjudication (3).

Par exemple encore, sur une poursuite en licitation, un étranger et un colicitant se portent ensemble et conjointement, par la même adjudication, acquéreurs des biens licités, non par lots distinctement mis en vente, mais suivant certaines portions immédiatement divisées et déterminées entre eux par déclarations faites à l'audience, ou par la déclaration de command. Comme il a été dans l'intention des colicitants de ne point fractionner l'adjudication, et que la division qu'ont faite entre eux les adjudicataires conjoints ne saurait préjudicier à l'indivisible exécution de l'acte, il s'ensuit que, faute

(1) RODIÈRE, n°s 229, 230. — *Contrà*, Limoges, 28 juill. 1848. SIREY, 49, 2, 332. — Besançon, 2 fév. 1855. SIREY, 55, 2, 689.

(2) RODIÈRE, *ibid.* — Limoges, 11 mars 1848. SIREY, 48, 2, 389.

(3) RODIÈRE, *ibid.*

par l'un ou l'autre des adjudicataires d'acquitter les charges de l'adjudication, il y a lieu à la revente du tout par la voie de la folle enchère. L'indivisibilité de l'acte fait nécessairement que le copartageant est soumis lui-même virtuellement à ce mode de poursuite.

Ces exemples suffisent pour faire comprendre comment l'obligation, bien qu'elle soit en elle-même divisible et ne produise qu'une action divisée, est néanmoins, par voie d'exception, indivisible dans son exécution, non pas précisément à raison d'une indivisibilité parfaite, mais à raison de l'indivisibilité de l'acte, *non ratione individuitatis, sed ratione individui negotii*, suivant les expressions de Dumoulin.

38. Il en résulte plusieurs conséquences. Quoique le débiteur ne puisse être poursuivi et condamné pour le tout, cependant il ne peut valablement offrir la part dont il est tenu, si les autres codébiteurs ne s'entendent avec lui pour offrir en même temps ce qu'ils doivent.

Ces offres partielles sont insuffisantes pour constituer le créancier en demeure, pour arrêter le cours des intérêts, si la dette en produit (1). Et ces effets résultent bien moins d'une indivisibilité proprement dite que d'une insuffisance de payement, *incongruitas solutionis*. Car l'indivisibilité de payement suppose une obligation divisible, mais qui ne peut être acquittée par parties. Or, comme dans notre hypothèse elle ne concerne en rien l'action, qu'elle n'empêche pas l'obligation de se diviser de plein droit, activement et passivement, elle constitue moins une indivisibilité réelle, qu'une insuffisance, une irrégularité de payement. Aussi, en résulte-t-il que, si le créancier accepte et reçoit simplement et sans réserves un payement imparfait qu'il était fondé à refuser, ce payement partiel produit libération en faveur du débiteur pour la portion qu'il a acquittée (2).

(1) Dumoulin, p. 2, nos 241 et suiv. — Pothier, *Oblig.*, n° 316.
(2) Dumoulin, p. 2, n° 243.

39. Ce que nous venons de dire de l'indivisibilité de payement, a lieu sans préjudice du droit qu'a le créancier de poursuivre pour le tout le débiteur qui possède la chose due, lorsqu'il s'agit d'une dette de corps certain. C'est là une autre exception au principe de la divisibilité, totalement différente et indépendante de celle qui est posée au n° 5 de l'article 1221. La qualité de corps certain n'a ici d'importance que comme élément d'appréciation pour la solution de la question de savoir, en fait, si l'intention des parties a été que la dette ne pût être acquittée partiellement.

40. C'est une observation générale, qui ressort de toute la théorie des obligations divisibles et indivisibles, que les qualités de l'obligation se définissent mieux du côté du débiteur que du côté du créancier. La vérité est que toute obligation divisible du côté du débiteur, l'est également du côté du créancier; mais que toute obligation divisible du côté du créancier, ne l'est pas également du côté du débiteur. Il y a ainsi des choses indivisibles du côté du débiteur, qui ne le sont pas du côté du créancier; en un mot, il n'y a point réciprocité absolue. Cet aperçu a échappé souvent dans la pratique.

L'on comprend, en effet, que lorsqu'il s'agit d'une indivisibilité qui ne résulte point de la nécessité ou de la nature des choses, qui n'est, au contraire, que le résultat artificiel de l'intention expresse ou présumée des parties, l'on comprend, disons-nous, que, d'après cette intention, la dette soit indivisible du côté du débiteur, et ne le soit pas du côté du créancier; c'est-à-dire que le créancier pourra poursuivre pour le tout chaque héritier du débiteur, sans que cependant chaque héritier du créancier puisse exiger la totalité de la dette. La question de volonté se présente donc sous ce point de vue: est-il dans l'intention des parties que chaque créancier puisse demander au débiteur le payement de toute la dette?

41. Reprenons, pour exemple, l'une des hypothèses que nous avons posées. Je vous promets dix mille francs, dont vous avez besoin pour l'exercice d'un réméré envers un tiers

acquéreur ; vous pouvez bien, d'après notre commune intention, poursuivre pour le tout chacun de mes héritiers ; mais chacun de vos héritiers n'a pas, réciproquement, le droit de me poursuivre en payement de la totalité. De mon côté, à moi débiteur, la dette est indivisible ; mais, de votre côté, à vous créancier, elle est divisible. C'est que rien ne fait présumer qu'il ait été dans notre intention que chaque héritier du créancier pût exiger le tout. Il s'agit, en effet, de l'exercice d'un réméré dont, en principe, chaque héritier ne peut user, ou n'est tenu que pour sa part et portion (1668, 1669, 1672).

Il s'ensuit que je ne puis payer valablement la totalité à un seul de vos héritiers, s'il ne représente un mandat de ses consorts, mais que je puis payer valablement sa part, purger ma demeure par ces offres partielles, et le constituer lui-même en demeure.

Il est cependant une observation importante que nous ne devons pas oublier. Chaque héritier ne peut sans doute exercer le réméré que pour sa part ; mais l'acquéreur peut exiger qu'ils se concilient pour la reprise de la chose entière (1670). Si cette reprise est exigée, nous disons qu'alors l'héritier du stipulant, qui exerce seul le rachat, peut exiger du promettant le payement total des dix mille francs promis. Cette somme était, en effet, affectée tout entière à l'exercice du rachat entier. Telle était la fin que les parties s'étaient proposée dans le contrat. Or, ce cas de rachat intégral se réalisant sur la tête d'un seul héritier, il s'ensuit qu'il représente tous les autres dans le droit d'exiger un payement total, comme il est à leurs droits pour exercer le retrait. Cette éventualité d'un rachat entier par un seul est entrée nécessairement dans les prévisions des parties, et, en s'accomplissant, elle imprime à l'obligation un caractère indivisible, du côté du créancier et de ses héritiers.

Mais, hors le cas où il résulte de l'acte que l'intention des parties a été que chaque héritier du créancier pût exiger le payement de la totalité, le débiteur poursuivi ne peut payer valablement le tout entre les mains d'un seul. Il ne peut régu-

lièrement acquitter que la part dont ce dernier est saisi ; et, si la chose due est un corps certain, qui ne soit pas susceptible de division quant à son payement, il est en droit d'exiger que celui qui le poursuit représente un pouvoir régulier de ses consorts, ou qu'il les mette en cause, afin de s'entendre et de se concilier avec eux pour la réception de la totalité.

§ 2. *Des effets de l'Obligation indivisible.*

ARTICLE 1222.

Chacun de ceux qui ont contracté conjointement une dette indivisible en est tenu pour le total, encore que l'obligation n'ait pas été contractée solidairement.

ARTICLE 1223.

Il en est de même à l'égard des héritiers de celui qui a contracté une pareille obligation.

Sommaire.

1. Chaque débiteur est tenu de la totalité de la dette indivisible.
2. Pourquoi.
3. Comment une servitude est indivisible.
4. Suite.
5. *Quid*, si le partage a attribué à un seul le fonds servant ?
6. L'action en reconnaissance d'une servitude peut se mélanger d'accessoires divisibles.
7. Suite.
8. S'il s'agit d'une servitude non déterminée, tous doivent être mis en cause, du moins avant le partage.
9. De la promesse de construire une maison.
10. L'indivisibilité cesse aussitôt que son objet devient divisible.
11. De l'action et de l'exception de garantie.
12. L'action de garantie est indivisible au premier chef.
13. Conséquences relativement à la chose jugée.
14. En quoi consiste l'obligation de garantie considérée au second chef.
15. Suite. Elle est divisible. Conséquences.
16. Suite.
17. En quoi consiste l'exception de garantie.
18. Elle est indivisible si la chose est indivisible.

19. Divisible si la chose est divisible, sauf clause contraire.
20. Trois opinions diverses à cet égard. Opinion de Dumoulin préférable.
21. Résumé dans la pratique.
22. Tempérament proposé par Dumoulin.
23. Conséquences intéressantes.
24. La résolution diffère dans ses conséquences de l'éviction partielle.
25. Application de ces principes au cas de louage.
26. L'héritier bénéficiaire n'est pas passible de l'exception de garantie.

COMMENTAIRE.

1. Les effets de l'obligation indivisible doivent s'apprécier, tant du côté du débiteur que du côté du créancier. Les articles 1222 et 1223 combinés les règlent à l'égard des débiteurs conjoints et des héritiers du débiteur. Chacun d'eux est tenu pour le total de l'obligation indivisible, encore qu'elle n'ait pas été contractée solidairement. La loi romaine (1) avait dit la première : *ea quæ in partes dividi non possunt solidæ a singulis hæredibus debentur*. Tel est le principe ; nous aurons à l'expliquer par quelques exemples, et à en déduire les conséquences essentielles.

Nous n'avons pu sans doute définir l'indivisibilité et examiner les divers cas d'exception au principe de la divisibilité, sans anticiper sur les effets des obligations indivisibles. Nous n'aurons donc point à revenir sur plusieurs questions. D'un autre côté, comme nous nous sommes occupé avec détail de l'indivisibilité de payement dans notre commentaire de l'article 1221, n° 5, nous n'avons à examiner ici que les effets de l'indivisibilité de contrat et d'obligation.

2. Soit que l'obligation soit indivisible, *contractu* ou *obligatione*, comme son objet n'est pas susceptible de division, elle n'est pas susceptible d'exécution partielle. Or, chacun des débiteurs étant tenu personnellement, pour sa part et portion, et ne pouvant acquitter partiellement la dette, il en résulte nécessairement qu'il en est tenu pour le tout. La qualité réelle

(1) L. 192, *ff. De reg. jur.*

de la chose due le veut ainsi, indépendamment de toute solidarité. Et de ce principe découlent des conséquences précisément inverses aux effets de la divisibilité.

3. Nous avons cité, comme exemple de choses indivisibles, une servitude. Ce n'est pas que toute servitude ne soit, dans le mode de son exercice, susceptible de plus ou de moins. Ainsi, le droit de passage, de pacage, de puisage, de vue, peut exister dans une mesure plus ou moins restreinte, plus ou moins étendue, dans des conditions plus ou moins onéreuses pour le fonds servant, plus ou moins avantageuses pour le fonds dominant. Mais, de ce que le mode de son exercice est susceptible de plus ou de moins, il ne faut point conclure que le droit en lui-même soit susceptible de division matérielle ou intellectuelle.

On comprend bien une servitude grevant un fonds appartenant à plusieurs, ou établie en faveur d'un fonds appartenant à plusieurs; mais on ne comprend pas plus la prestation partielle d'une servitude qu'on n'en comprend l'exercice partiel. On ne peut, en effet, se faire l'idée d'une moitié, d'un tiers, d'un quart de servitude, en ce sens qu'il est impossible au créancier de l'exercer, comme au débiteur de la laisser exercer, par portions divisées. Elle s'exerce ou se souffre tout entière, ou bien elle ne s'exerce ou ne se souffre pas du tout, du moment qu'elle existe et est constituée dans des limites précises qui la fixent et la circonscrivent.

Ce n'est pas que nous la considérions comme une pure abstraction de droit. Car, ainsi considérée, elle n'aurait aucune réalité. Nous nous attachons ici si peu à des idées purement abstraites, que nous apprécions la chose qui fait l'objet de l'obligation dans sa prestation même, c'est-à-dire dans la réalisation pratique du droit. Et c'est à elle que nous imprimons, par la nécessité même des choses, un caractère absolu d'indivisibilité.

Nous pouvons nous associer à la critique que M. Toullier (1)

(1) T. 6, n° 784.

fait de la doctrine subtile et abstruse de Dumoulin, sur cette matière de l'indivisibilité des servitudes. Mais nous ne croyons pas que la théorie de l'indivisibilité soit inutile, et qu'elle ne serve qu'à obscurcir les principes de raison et d'équité qui doivent être la règle de tous. Le classement des obligations en obligations divisibles et en obligations indivisibles correspond évidemment à un ordre de faits existants ; c'est au bon sens à faire le reste.

4. Je prétends, par exemple, faire reconnaître en ma faveur une servitude de prise d'eau sur une source ou une eau courante ;

Supprimer une nouvelle œuvre qui gêne l'exercice de ma servitude ;

Rétablir une eau courante dans son cours ordinaire ;

Planter une borne, sans qu'il y ait, d'ailleurs, contestation sur l'étendue respective des héritages limitrophes ;

Faire reconnaître en ma faveur un droit de mitoyenneté, de passage, de vue.

Je puis poursuivre en reconnaissance de la servitude, pour le tout, un seul des héritiers du propriétaire à l'égard duquel je prétends que cette servitude existe, alors même qu'ils possèdent indivisément le fonds servant, et avant qu'un partage en ait attribué la propriété exclusive à l'un d'eux.

5. Mais, si un partage avait eu lieu, qui l'attribuât à l'un des héritiers, je ne pourrais poursuivre que lui seul, parce que les servitudes sont des charges réelles qui suivent le fonds servant, en quelques mains qu'il passe, et que le possesseur est le seul contradicteur légitime à une action réelle.

6. Il importe de remarquer que l'action en reconnaissance de servitude peut se mélanger d'obligations accessoires divisibles. Ainsi, pour faire reconnaître en ma faveur un droit de mitoyenneté, ou de passage en cas d'enclave, je commence par offrir une indemnité. Ces offres sont choses divisibles. Je ne serai, en conséquence, tenu de payer au défendeur que la

part correspondante à son droit de propriété indivise, bien qu'il puisse être poursuivi et condamné seul, en reconnaissance de mon droit de servitude.

7. De même, si je joins à ma demande des conclusions en dommages et intérêts dont tous les héritiers soient également passibles, comme représentant leur auteur qui seul a commis le fait dommageable, je ne puis demander à chacun d'eux que le payement de la part et portion dont ils sont tenus.

Si le défunt s'est engagé à me faire concéder une servitude sur un fonds appartenant à un tiers, je puis agir contre chacun de ses héritiers, et lui demander en totalité la servitude convenue, parce qu'il s'agit d'une obligation indivisible. Mais, faute par l'héritier assigné, ou par ses consorts qu'il peut mettre en cause, de procurer cette servitude, l'obligation se convertit en dommages et intérêts, dont chacun n'est tenu que pour sa part héréditaire (1).

8. Si le défunt avait promis, par exemple, une servitude de passage, sans déterminer l'endroit où elle devrait s'exercer, le stipulant n'aurait qu'à assigner les héritiers pour le faire fixer. Mais, comme il s'agit d'une obligation indéterminée, et qu'un seul est sans qualité pour la déterminer, il doit les appeler tous en cause, pour qu'ils s'entendent et se concilient sur la fixation de l'endroit où doit s'exercer la servitude.

La mise en cause de tous est du moins nécessaire, tant qu'il n'y a pas partage et que le fonds est indivis. Mais, quand l'indivision a cessé, le possesseur du fonds servant doit seul être poursuivi, de même qu'après la fixation du lieu où la servitude doit être exercée, chacun des héritiers peut être poursuivi en reconnaissance du droit entier (2).

9. Quant à l'obligation indivisible, *obligatione*, comme celle de construire une maison, de creuser un fossé, de consommer

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 333.

(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 334. — TOULLIER, T. 6, n° 796.

une œuvre quelconque, elle donne également au créancier le droit de poursuivre chaque héritier ou chaque débiteur conjoint, en payement de la totalité. Il pourra donc demander à chacun d'eux la construction de la maison entière.

Mais, faute par eux de satisfaire à cette obligation, comme alors elle se convertit en dommages et intérêts, chose divisible, ils ne peuvent y être condamnés que pour leur part et portion (1).

Nous supposons ici que l'obligation de faire passe aux héritiers; car, si le contrat était propre, et l'obligation personnelle, la mort du débiteur serait un cas de résolution de plein droit (1795). Il n'y aurait donc lieu, dans ce cas, à aucuns dommages et intérêts, à moins que le débiteur ne fût décédé après une mise en demeure qui perpétue son obligation.

10. En somme, l'indivisibilité dépend toujours exclusivement de la qualité de l'objet de la dette; et aussitôt que cet objet, indivisible dans le principe, se convertit, à défaut d'exécution stricte, en un autre objet divisible, comme des dommages et intérêts, l'indivisibilité cesse, et fait place à la divisibilité avec toutes ses conséquences.

11. Nous devons parler ici de l'action et de l'exception de garantie; nous le ferons avec quelques développements, parce qu'elles présentent dans leur ensemble un mélange des principes de la divisibilité et de l'indivisibilité, et qu'il importe de dissiper à cet égard toute espèce de confusion.

Voyons d'abord l'action en garantie, qui est une branche de l'action *ex empto*. Cette action a lieu, par exemple, lorsque l'acquéreur est menacé d'éviction, et qu'il a le vendeur pour garant. Elle embrasse deux chefs. Par le premier, l'acquéreur demande au vendeur de faire cesser le trouble ou l'éviction, et de lui procurer la propriété libre et la jouissance paisible de la chose. Ce dernier est mis par là en demeure de prendre le fait et cause de l'acquéreur, et de le défendre. Tel est le pre-

(1) L. 72, *ff. De verb. oblig.* — TOULLIER, T. 6, n° 793.

mier chef de l'action en garantie; tel est son objet immédiat et primitif (1).

Le second chef comprend les restitutions et dommages et intérêts dont le vendeur est tenu, lorsqu'il a échoué dans la défense de son acquéreur, et que l'éviction a été prononcée.

Il y a ainsi, dans l'obligation de garantie, deux obligations distinctes, subordonnées l'une à l'autre; l'une de faire, et l'autre de donner; toutes deux principales et dérivant du même contrat. Toutes deux ne sont pas dues en même temps, mais subsidiairement l'une à l'autre. Chacune d'elles conserve séparément sa nature propre, quoique leur origine soit commune, et que leur connexité les présente comme subsidiaires l'une à l'autre (2).

12. La première de ces obligations, celle de défendre l'acheteur, de prendre pour lui fait et cause, est indivisible. Il n'y a pas, en effet, de milieu entre défendre tout le procès, ou ne pas le défendre du tout. La cause de l'acquéreur ne saurait se diviser, ni matériellement ni intellectuellement; car on ne peut concevoir qu'elle puisse se soutenir dans une portion seulement, comme une moitié, un tiers (3).

Supposons donc une vente consentie conjointement par quatre vendeurs réunis, ou par un vendeur qui décède laissant quatre héritiers. L'acquéreur dénonce à l'un d'eux l'action en revendication, et l'appelle en garantie. Le défendeur répond qu'étant héritier pour un quart, il n'est tenu personnellement que pour cette portion, et que les autres doivent être tous également appelés. L'acquéreur réplique qu'il n'en est encore qu'au premier chef de l'action pour éviction, dont chaque héritier est tenu pour le tout; qu'en conséquence il doit tout seul défendre sa cause en totalité, sauf à lui à mettre ses con-

(1) Pothier, *Vente*, n°s 102 et 103.

(2) Dumoulin, p. 1, n° 41; p. 2, n° 493.

(3) Cujas, sur la loi 85, *ff. De verb. oblig.* — Dumoulin, p. 2, n°s 407 et suiv., 460, 496, 498. — Pothier, *Vente*, n° 104. — Troplong, *Vente*, n°s 434 et 438. — *Contrà*, Rodière, n° 431.

sorts en cause, s'il le juge convenable, le tout à ses frais, sans préjudice, toutefois, de l'indivisibilité de l'instance, et de l'obligation de défendre pour le tout (1). Les héritiers du vendeur ne sont pas tenus, en effet, des obligations du défunt collectivement, comme corps moral, mais individuellement, *non ut universi, sed ut singuli* (2); et, le premier chef de l'action en garantie étant indivisible, un seul peut être poursuivi pour le tout (3).

Il est, d'ailleurs, à même de satisfaire seul à cette obligation, et si la défense doit être plus facile et plus complète, présentée en commun par tous, elle est toujours possible et utile de la part d'un seul, sans que la prétendue raison d'inconvénients puisse faire écarter les effets de l'indivisibilité (4).

Mais l'héritier assigné seul en garantie peut demander au juge un délai pour mettre en cause ses cohéritiers (5), à la charge par lui de le faire à ses frais, parce qu'étant tenu *in solidum*, à raison de l'indivisibilité, il doit faire les frais de l'acte qui doit lui profiter (6).

13. L'héritier seul poursuivi n'a pas dénoncé l'action à ses consorts, ou bien il s'en est désisté, et a soutenu seul l'instance, soit avec le garanti qui lui a dénoncé l'action en revendication, soit en l'absence de ce dernier, par suite de sa mise hors de cause. Dans tous les cas, le jugement rendu profitera ou nuira au garanti, alors même qu'il aurait été mis hors d'instance.

Si le garant triomphe, le jugement profite non seulement à lui-même et au garanti, mais encore, et nécessairement, à ses consorts, qui sont désormais à l'abri de toutes poursuites (7).

(1) Dumoulin, p. 2, nº 455. — Pothier, *Vente*, nº 104. — Troplong, *Vente*, nºs 434 et 438. — Duranton, t. 16, nº 277.

(2) Dumoulin, p. 2, nº 458.

(3) Dumoulin, p. 2, nº 460.

(4) Dumoulin, p. 2, nº 461.

(5) Dumoulin, p. 2, nº 465.

(6) Dumoulin, p. 2, nº 468.

(7) Dumoulin, p. 2, nº 471.

S'il perd son procès, le jugement nuit, dans tous les cas, au garanti, mais non aux cohéritiers du garant qui n'ont point été dûment appelés en cause (1). Ils pourront donc débattre avec l'acquéreur la question de savoir s'il y avait réellement lieu à garantie. Car, de ce que l'héritier seul en cause n'a pas eu les moyens de faire cesser le trouble, il ne s'ensuit pas que les autres soient réduits à la même impuissance. La décision rendue contre lui n'établit donc pas, par elle-même, qu'il ait été également bien jugé à l'égard de ceux qui n'ont pas été parties dans l'instance.

14. Nous avons supposé que le garant avait perdu son procès. Cette hypothèse nous ramène au second chef de l'action en garantie, qui concerne l'obligation, de la part du vendeur, d'indemniser l'acquéreur évincé. Cette seconde obligation est subsidiaire à l'autre, elle ne vient qu'à défaut de son accomplissement. Car, s'il est satisfait par le vendeur à la première obligation, qui consiste à défendre, il est évident que, tout trouble et toute éviction cessant, il n'y a pas lieu à la seconde obligation, qui consiste à indemniser (2).

Or, comme cette seconde obligation consiste dans le remboursement du prix et dans le payement de dommages et intérêts, toutes choses divisibles, elle constitue, de l'aveu de tous les auteurs (3), une obligation divisible, quoi qu'en ait pu dire la Cour de cassation (4).

Du moment donc que l'acquéreur passe au second chef de l'action en garantie, les principes de l'indivisibilité font place à ceux de la divisibilité. Il ne pourra obtenir contre chaque covendeur conjoint, ou contre chaque héritier de son vendeur, qu'une condamnation divisée en remboursement du prix et en payement des dommages et intérêts.

(1) Dumoulin, p. 2, n° 472. — Pothier, *Vente*, n° 110. — Troplong, *Vente*, n° 440. — Duranton, t. 16, n° 277.

(2) Dumoulin, p. 2, n° 460.

(3) Dumoulin, p. 2, n° 460. — Pothier, *Vente*, n° 105.

(4) Arrêt du 11 août 1830. — Dalloz, 30, 1, 343. Sirey, 30, 1, 395.

15. Ainsi, sur son appel en garantie, l'héritier mis seul en cause s'empresse de déclarer qu'il a des cohéritiers, qu'il n'entend être condamné, sur le second chef de l'action, que pour sa part; si, dans ce cas, il est tenu seul pour le tout à l'égard du revendiquant qui triomphe, il n'est tenu, à l'égard de l'acquéreur évincé, que pour sa part héréditaire. C'est à ce dernier à s'imputer de ne pas avoir également assigné les autres (1).

L'acquéreur, ou tout autre garanti, qui s'en repose sur un seul garant du soin de la défense et de la prise de fait et cause, doit donc, s'il craint de perdre, appeler dans l'instance tous les consorts, pour obtenir contre eux un jugement commun de condamnation. Et il doit le faire à ses frais, sauf à les recouvrer contre eux si son recours est fondé (2).

Mais si l'héritier seul assigné se dit et se présente comme seul héritier, s'il s'offre, en cette qualité, pour soutenir le procès pour le tout, alors il doit être, sur le second chef de l'action pour éviction, condamné pour le tout aux dommages et intérêts envers l'acquéreur. En effet, bien que, dans le principe, il n'en fût tenu que pour sa portion, cependant, par son fait, il s'est obligé à la totalité (3).

16. Quant au garant, seul appelé en cause, s'il n'a pas besoin du concours de ses consorts pour la défense du garanti, il doit cependant, s'il craint de perdre, les appeler, pour qu'ils défendent conjointement avec lui, ou qu'ils soient condamnés avec lui aux frais qu'il aura avancés, et qu'autrement il supporterait sans partage. A plus forte raison doit-il le faire, s'il se sent incapable de suffire seul aux frais et aux soins du procès. Dans tous les cas, c'est à ses frais qu'il les met en cause (4).

(1) Dumoulin, p. 2, n° 472.
(2) Dumoulin, p. 2, n° 473. — Pothier, *Vente*, n° 110.
(3) Dumoulin, p. 2, n° 472. — Pothier, *Vente*, n° 106.
(4) Dumoulin, p. 2, n° 473. — Pothier, *Vente*, n° 110. — Duranton, t. 16, n° 277. — Troplong, *Vente*, n° 441.

17. Maintenant, examinons l'exception de garantie.

Un père vend, par exemple, un héritage qui dépend de la succession de sa femme prédécédée, comme lui appartenant. Il meurt, laissant pour héritiers un enfant de cette première femme et une fille issue de son second mariage. Le fils, enfant du premier mariage, revendique sur l'acquéreur l'héritage vendu. L'acquéreur oppose la maxime, *quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio ;* il répond, en un mot, qu'étant tenu de garantir, il ne peut évincer. Et, en même temps, il l'assigne en garantie, ainsi que sa sœur, concluant contre eux à ce que chacun d'eux soit tenu de le défendre pour le tout contre l'action en éviction.

En tant que demandeur en éviction, le fils réplique, et, en tant que défendeur, oppose qu'il n'est héritier que pour moitié; que, pour cette partie, il adhère aux conclusions de l'acquéreur, et se désiste ou s'abstient de son action en revendication, persistant, du reste, dans sa demande, en ce qui concerne seulement la part de l'autre héritier, pour laquelle il n'est pas héritier lui-même du vendeur.

De son côté, l'acquéreur réplique que le fils doit satisfaire pour le tout à son obligation de garantir, défendre pour le tout, s'abstenir pour le tout de l'action en revendication, et qu'il est inadmissible à défendre seulement pour une partie.

Au premier abord, l'acquéreur paraît avoir raison, parce qu'il est certain que cette obligation de défendre est indivisible, qu'elle est précise à l'égard de celui qui a les moyens d'y satisfaire, et qu'elle oblige chaque héritier pour le tout, tout autant, du moins, qu'il a les moyens de défendre pour le tout et d'assurer l'entière propriété. Telle était l'opinion de nombreux et savants docteurs (1).

Cependant, dit Dumoulin (2), la loi *cum a matre*, C. *De rei vend.*, est décisive. Elle suppose un fils héritier de son père vendeur, et revendiquant la chose aliénée. Or, elle décide qu'il

(1) Voy. DUMOULIN, P. 2, n° 487.
(2) P. 2, n° 488.

n'est repoussé que pour la portion pour laquelle il est héritier. Aussi, de nombreux et excellents docteurs en ont-ils conclu que l'obligation de défendre était divisible, parce que, autrement, si l'héritier devait pour le tout défendre contre les autres, il le devrait à plus forte raison contre lui-même.

18. Arrêtons-nous là, et résumons les termes de la question. Il s'agit de savoir si le véritable propriétaire, tenu seulement pour une portion comme garant, peut être repoussé pour le tout dans son action en revendication par l'exception de garantie ; ou si, au contraire, son action est recevable pour toute la portion pour laquelle il n'est point garant ? En d'autres termes, cette exception de garantie est-elle divisible ou indivisible? Eh bien, nous disons qu'elle sera divisible ou indivisible, suivant la nature divisible ou indivisible de la chose qui fait l'objet de l'action.

S'agit-il, par exemple, de la concession d'une servitude, de la vente d'un emplacement pour bâtir, du louage d'un pressoir pour les vendanges, d'une grange pour la récolte, de choses enfin indivisibles *contractu* ou *obligatione;* l'exception de garantie est indivisible, et le véritable propriétaire, garant pour partie, comme héritier, ne peut même agir pour la portion suivant laquelle il n'est point garant. Il est obligé de respecter et de maintenir l'acte pour le tout, sauf son recours en indemnité contre ses cohéritiers, dans la proportion des parts pour lesquelles ils sont héritiers.

Du moment, en effet, qu'il s'agit d'une chose indivisible, il peut être poursuivi seul pour le tout en délivrance de la servitude, de l'emplacement, du pressoir ou de la grange. Il ne peut, conséquemment, évincer le stipulant, pour quelque partie que ce soit, puisqu'il doit la totalité de la chose, à raison même de son indivisibilité.

Ainsi, s'il s'agissait d'une servitude dont le preneur ou l'acquéreur ne fût point chargé par le bail ou la vente, et que le propriétaire de cette servitude, héritier pour partie du bailleur ou du vendeur, prétendît l'exercer, le preneur ou l'acquéreur

pourrait lui opposer l'exception de garantie. C'est que la garantie d'une servitude est indivisible, comme l'objet auquel elle s'applique, sauf au propriétaire de la servitude à se faire indemniser par ses cohéritiers de ce que seul il a acquitté une obligation commune. Il s'agit, dès lors, d'apprécier le préjudice qu'il éprouve par la privation de son droit (1).

19. Mais, s'il s'agit d'une chose divisible, l'exception de garantie est simplement divisible comme elle.

Nous devons toutefois, avant d'en démontrer la divisibilité, indiquer une exception à la règle générale. Elle a lieu lorsque les parties ont stipulé que la garantie serait indivisible, soit par voie d'action, soit par voie d'exception. Leur volonté fait alors la loi du contrat. Cette exception au principe de la divisibilité peut même résulter implicitement de l'interprétation d'une clause spéciale de garantie. Du moins, le jugement qui déclarerait que telle a été l'intention des contractants, pourrait constituer un mal jugé, mais serait à l'abri de cassation (2). Mais il convient de remarquer que cette exception même est la confirmation de la règle.

20. Quoi qu'il en soit, trois opinions différentes existent sur les caractères de l'exception de garantie. L'une veut qu'elle soit indivisible, comme l'action de garantie elle-même (3); l'autre, qu'elle soit divisible, en ce sens que le véritable propriétaire, garant pour une portion seulement, peut toujours revendiquer ses droits pour la totalité, sauf à lui à indemniser le tiers garanti et à se faire rembourser par ses cogarants (4). La troisième veut enfin que l'exception de garantie soit divisible, en ce sens seulement que le véritable propriétaire ne peut évincer que dans la proportion suivant laquelle

(1) POTHIER, *Louage*, n° 99.

(2) Cass., 19 fév. 1811. SIREY, 11, 1, 188.

(3) HENRYS, liv. 4, ch. 6, Quest. 31. — DUVERGIER, *Vente*, T. 1, n° 355. — Cass., 5 janv. 1815. SIREY, 15, 1, 234. — 11 août 1830. SIREY, 30, 1, 395. — Bourbon, 4 août 1837. SIREY, 40, 1, 570.

(4) DURANTON, T. 11, n° 265, et T. 16, n° 255.

il n'est point héritier ni garant (1). C'est cette dernière opinion qui nous paraît seule fondée.

Nous ne saurions mieux faire que de reproduire la discussion de Dumoulin à cet égard.

L'obligation de défendre est sans doute indivisible et passe, pour la totalité, sur la tête de chacun des héritiers du débiteur. Mais elle n'y passe que sous la réserve et avec la perspective des portions dans lesquelles elle doit se résoudre et se diviser. Ainsi, quoiqu'un seul héritier soit tenu de prendre en main la défense totale, cependant il n'est pas tenu de le faire comme héritier pour le tout, mais seulement comme héritier pour partie, et avec le droit en expectative de diviser avec ses consorts les résultats du procès.

Voici, en effet, les trois choses qui viennent par ordre dans la vente : l'obligation de livrer, *traditio*, celle de défendre, *defensio*, enfin le remboursement du prix et des dommages et intérêts, *refusio pretii et interesse*. L'obligation de défendre se trouve ainsi placée entre deux extrêmes divisibles, dont le caractère ne doit pas être sans influence sur la divisibilité de l'exception de garantie (2).

Supposez que le vendeur soit mort avant d'avoir fait la délivrance; comme l'obligation de livrer est divisible, l'acquéreur ne pourrait exiger de chaque héritier la tradition que pour sa part; et chaque héritier serait quitte en livrant pour sa part. Or, qu'importe que le vendeur ait fait lui-même délivrance? Ses héritiers ne doivent pas être traités plus sévèrement parce qu'il a livré, que s'il n'avait pas livré du tout. Cette circonstance ne saurait rendre pire la condition de ses héritiers (3).

D'autre part, le garant n'est pas tenu de défendre une cause

(1) Pothier, *Vente*, nos 173 et suiv.; *Louage*, nos 95 et suiv.; *Communauté*, no 253. — Lebrun, *Successions*, liv. 4, ch. 2, sect. 4, no 27. — Troplong, *Vente*, nos 457 et suiv.; *Louage*, no 292, note. — Rodière, no 432.

(2) Dumoulin, p. 2, no 498.

(3) Dumoulin, p. 2, no 499. — Pothier, *Vente*, no 173.

injuste. Il peut toujours reconnaître la bonne foi, *bonam fidem agnoscere licet*. Il lui est donc permis de se décharger de l'obligation indivisible de défendre, en cas de revendication de la part d'un tiers, en offrant tout de suite les dommages et intérêts légitimes, pour sa part et portion virile. S'il peut, moyennant cette condition d'indemnité, refuser de prendre fait et cause contre un tiers, il le peut également envers lui-même, dans le cas où il intente une action en revendication, en offrant, d'ailleurs, d'abandonner toute la portion pour laquelle il est héritier et garant (1).

Il est alors en droit de dire à l'acquéreur : faites confusion, c'est-à-dire acceptez l'abandon de ma part de propriété, dans la proportion de ma part héréditaire, et tenez-vous ainsi pour satisfait ; ou bien, rendez-moi tout le fonds, sauf à vous à aviser au remboursement du prix et des dommages et intérêts. Il est évident que l'acquéreur ne peut, avec raison, s'y refuser. Il ne peut rien exiger de plus. En acceptant la confusion pour la part héréditaire du demandeur, il ne peut en même temps le contraindre à défendre pour les autres portions qui, effectivement, sont à la charge des autres héritiers et non à la charge du demandeur, de qui il exigerait, en réalité, tout à la fois la tradition, pour sa part, et l'éviction pour la part des autres, ce qui est d'une souveraine injustice ; car il doit se contenter de l'un ou de l'autre (2).

Ne serait-il pas injuste et absurde (ce sont les expressions de Dumoulin) qu'on n'établit aucune différence entre le cas où il y a plusieurs héritiers et celui où il n'y en a qu'un ; qu'on exigeât d'un cohéritier, pour une faible portion, tout autant que d'un héritier unique ? Il est évident que, dans ce cas, l'acquéreur ne soutient pas une cause juste, mais qu'il veut gagner une cause injuste, à l'égard du véritable propriétaire, dont la demande est légitime et fondée, en mettant à l'écart les cohé-

(1) DUMOULIN, P. 2, n°s 500 et 512. — POTHIER, *ibid.*

(2) DUMOULIN, P. 2, n° 501.

ritiers qui doivent supporter leurs parts dans les charges communes (1).

L'indivisibilité de l'obligation de défendre n'a d'autre fondement, en droit, que l'avantage d'assurer une plus prompte expédition de l'affaire. Mais elle n'a pas pour but de causer préjudice à qui que ce soit, ni d'assurer à l'acquéreur une supériorité quelconque sur le garant. Elle doit être comprise en équité et en bonne foi. Autrement, elle conduirait, sous l'autorité de la science, à de pernicieuses erreurs. D'ailleurs, cette indivisibilité n'a été introduite dans le droit contre chacun des cohéritiers qu'en vue de sa qualité d'héritier, et non pour le cas où il tient de son chef et puise à une autre source un droit personnel.

Elle ne saurait donc rigoureusement s'appliquer qu'à ceux des héritiers du vendeur qui n'ont d'autre droit qu'un droit héréditaire, et qui contractent l'obligation de défendre, sans pour cela y satisfaire, par la seule adition de l'hérédité. Il doit en être autrement de celui qui, par son adition de l'hérédité, satisfait à cette obligation, dès que cette obligation trouve dans son principe même le principe de son accomplissement partiel. Or, telle est la situation du véritable propriétaire, héritier pour partie du vendeur (2).

Il cumule dans sa personne des qualités qu'il importe de distinguer. Il est, d'une part, héritier pour une quotité, mais il est étranger pour le reste. Quant à la portion pour laquelle il est héritier, il est écarté ; quant à l'autre, pour laquelle il est étranger, son action est admise, sans que, sous ce rapport, il soit tenu de défendre l'acquéreur, parce que ces portions sont absolument distinctes. En tant qu'héritier, il a donc satisfait pleinement à ses obligations, en abandonnant son action pour cette partie, en abdiquant sa propriété et son droit ; et, par cela seul qu'il a satisfait comme héritier, il s'est libéré de toute obligation comme tel. Ainsi disparaît et s'évanouit, comme

(1) Dumoulin, p. 2, n° 502.
(2) Dumoulin, p. 2, n° 503.

étant désormais sans cause, toute obligation de défendre, que l'acquéreur prétendrait rattacher à une obligation éteinte et soldée (1).

Peu importe que, quoique héritier en partie, il soit tenu de défendre pour le tout contre un étranger, et par conséquent contre lui-même, en tant qu'il est considéré comme tiers étranger. Cette objection serait fondée, s'il n'avait pas satisfait à son obligation comme héritier, si l'acquéreur n'avait pas divisé lui-même l'obligation de défendre, ou plutôt si, par la réception de partie de la chose, il ne l'avait pas éteinte pour cette même partie. Car cette obligation est divisible du côté du créancier; de telle sorte que, non seulement il peut faire remise gratuite de cette obligation pour partie, ou envers l'un des héritiers, mais encore, et à plus forte raison, l'éteindre pour partie en recevant partie de la chose (2).

Lors donc que l'acquéreur prétend diviser l'action du propriétaire, et établir une confusion partielle du droit du demandeur, pour la portion qu'il offre comme garant de cette portion, il divise par cela même son action et l'éteint pour toute la portion qui lui est offerte et qu'il reçoit. Il ne pourra donc plus l'exercer contre le demandeur, à l'égard duquel elle a été ainsi divisée et éteinte, du moment qu'il a acquis de lui le droit même de propriété sur la portion pour laquelle ce dernier est héritier du vendeur. Il n'aura désormais d'action que contre les autres héritiers, et seulement pour le surplus; mais il aura contre chacun d'eux une action indivisible en défense totale, en prise totale de fait et cause (3).

En vain se fonderait-on pour écarter, même pour partie, l'action en revendication de l'héritier, sur ce que l'acquéreur, déniant ses prétentions, sans cependant les réfuter, ne veut point accepter de confusion pour sa part héréditaire, mais proteste, au contraire, qu'il n'entend point garder seulement

(1) DUMOULIN, P. 2, n° 504.
(2) DUMOULIN, P. 2, n° 505.
(3) DUMOULIN, P. 2, n° 506.

une portion ; qu'il aime mieux faire résilier le contrat, et prétend dès lors faire débouter le demandeur de son action en revendication pour le tout.

Dumoulin répond (1) que ce n'est là qu'une pure cavillation, parce que c'est comme si l'acquéreur disait : Je ne veux pas diviser, mais je veux retenir toute la chose, si elle a appartenu au défunt, ou bien vous rendre le tout, si elle est votre propriété ; et cependant je ne veux point vous admettre à la preuve de vos prétentions.

En effet, en acceptant tacitement ou expressément la confusion qui libère le revendiquant pour partie, il divise l'obligation de défendre, et l'admet à justifier son action pour les parts pour lesquelles il n'est pas héritier. De même, en repoussant cette confusion partielle, il l'admet à agir pour le tout. Dans l'un et l'autre cas, le demandeur doit donc être admis à prouver son droit, et ne doit pas être repoussé pour le tout, puisqu'il nest pas héritier pour le tout.

Nous ne dirons pas, comme Dumoulin, que nous nous serions volontiers dispensé de ce long travail, si un autre l'avait fait avant nous. D'autres aujourd'hui l'ont fait. Mais nous dirons avec lui : l'expérience en fera connaître l'utilité, la nécessité en théorie et en pratique.

Voici, comme conclusion, un fait qu'il rapporte (2) : Pierre Séguier, président du parlement de Paris, le consulta pour un de ses amis qui avait acheté une maison à Paris, et avait été condamné à la délaisser entre les mains du propriétaire, pour la portion pour laquelle ce dernier n'était pas héritier du vendeur. Il lui conseilla d'acquiescer, ce qu'il fit.

De son côté, le demandeur voulait appeler de la sentence, parce qu'il offrait, pour empêcher l'acquéreur de retenir la chose, de lui rembourser le prix avec dommages et intérêts, sauf son recours contre qui de droit. Dumoulin lui conseilla encore d'acquiescer.

(1) P. 2, n° 507.
(2) P. 2, n° 508.

21. Nous résumons ainsi dans la pratique : Le propriétaire, héritier pour partie du vendeur garant, revendique la chose vendue contre l'acquéreur. Il formerait une demande exagérée qui pourrait le rendre passible de tout ou partie des dépens, s'il poursuivait l'éviction pour le tout. Il doit restreindre sa demande à la portion correspondante à celle pour laquelle il n'est pas héritier. Quant à la portion pour laquelle il est héritier, il doit faire sur lui-même confusion de ses droits comme propriétaire avec ses obligations comme héritier, et la laisser, en conséquence, entre les manis de l'acquéreur.

L'acquéreur, ainsi poursuivi en éviction, peut sans doute diriger son action en garantie contre les autres héritiers, et demander qu'un seul soit tenu de le défendre *in solidum*. Mais aussitôt que l'action en revendication est reconnue fondée, au moins pour partie, l'acquéreur, venant au second chef de l'action pour éviction, n'aura plus qu'à demander le remboursement de son prix et de ses dommages et intérêts, ou plutôt, suivant l'article 1637, le remboursement de la valeur de la partie dont il est évincé, suivant l'estimation à l'époque de l'éviction, et non proportionnellement au prix total de la vente, soit que la chose vendue ait augmenté ou diminué de valeur. Et ce remboursement ne pourra être exigé des autres cohéritiers que divisément, dans la proportion des parts pour lesquelles ils sont héritiers.

Ils en seront même seuls tenus ; car, le revendiquant ayant été obligé de faire confusion sur lui-même, et de restreindre d'autant sa demande, a satisfait, autant qu'il était en lui, à ses obligations, telles qu'elles résultent de l'application de la maxime : qui doit garantir ne peut évincer.

22. Nous arrivons à un tempérament proposé par Dumoulin (1). Voici en quoi il consiste : L'acquéreur peut ne pas se tenir pour satisfait d'une action en revendication partielle, qui ne lui laisse qu'une portion de la chose, et, pour le surplus, le

(1) P. 2, n° 506. — POTHIER, *Vente*, n° 173.

met dans la nécessité d'exercer son action pour éviction contre les autres cohéritiers. Si la portion dont il est évincé est de telle conséquence, relativement au tout, qu'il n'eût point acheté sans la partie dont il a été évincé, il peut faire résilier la vente (1636), et délaisser le tout sur l'action de l'héritier propriétaire, en le faisant condamner pour sa part aux dommages et intérêts résultant de l'éviction.

Nous ferons remarquer que Dumoulin semble, indistinctement et dans tous les cas, accorder à l'acquéreur évincé pour partie, le droit de demander la résolution, et que son action en résolution lui paraît suffisamment fondée par cela seul qu'il déclare que sa volonté a été de ne pas avoir seulement une portion de la chose, mais d'avoir tout ou de n'avoir rien. Quant à nous, nous plaçant dans les termes mêmes de l'article 1636, nous disons qu'il ne suffit pas que l'acquéreur exprime cette volonté, il faut, en outre, qu'il soit établi qu'il n'eût point acheté sans la portion dont il est évincé, ce qui dépend évidemment des circonstances. C'est à cette condition seulement qu'il pourra faire résilier le contrat; et nous ajoutons, pourvu qu'il ne soit poit censé y avoir renoncé expressément ou tacitement, soit en concluant lui-même à ce que l'action en revendication ne soit admise contre lui que pour partie, sans réserver l'action en résolution, soit en aquiesçant, par un acte exprès ou tacite d'exécution volontaire, au jugement qui prononce une éviction partielle. Il peut, dans ce cas, être considéré comme se tenant pour satisfait de la portion de la chose qui lui reste, sauf son recours en dommages et intérêts contre les autres héritiers.

23. Mais, supposons qu'il soit en droit de demander la résolution pour le tout. Il peut d'abord, sur l'action en revendication, assigner les autres pour qu'ils le défendent et soient condamnés, en cas d'éviction, à des dommages et intérêts suivant leur part et portion virile, et en outre conclure contre tous, y compris le revendiquant, à ce que la vente soit résiliée, avec remboursement du prix et des dommages et intérêts.

Dans ce cas, et du moment que l'acquéreur arrive à ces conclusions en résiliation, il ne s'agit plus de l'obligation de défendre, qui s'évanouit avec le contrat principal, mais simplement de résolution.

Et de là nous tirons plusieurs conséquences : Quant à l'action, nous disons qu'elle doit être dirigée contre tous les héritiers, y compris le revendiquant, parce que l'action en résolution, alors qu'elle s'applique à une chose divisible, est divisible elle-même. Or, cette action a ici pour objet, de la part de l'acquéreur, le remboursement du prix et les dommages et intérêts, choses naturellement divisibles. Il ne peut donc obtenir de condamnation contre ses débiteurs, que pour leurs parts et portions viriles. Pour obtenir une condamnation intégrale, il doit, conséquemment, les mettre tous en cause.

Le propriétaire revendiquant n'est pas tenu, quoique Dumoulin (1) énonce le contraire, d'offrir l'intégral remboursement du prix et des dommages et intérêts, sauf son recours contre ses consorts (2). Il n'est tenu que de sa part comme héritier. En effet, ce n'est pas lui qui, de prime-abord, demande que toute la chose lui soit délivrée ; il ne peut même y conclure sans exagération. C'est, au contraire, l'acquéreur qui est demandeur en résolution, par suite de l'éviction partielle contre laquelle ses garants sont impuissants à le défendre. Obligé de diviser cette action en résolution, il ne peut donc exiger d'un seul, du revendiquant qui doit reprendre sa chose, pas plus que de tout autre, le remboursement total du prix et des dommages et intérêts. La résolution se confond, en effet, dans ses résultats, avec le second chef de l'action pour éviction, que Dumoulin ne cesse de représenter comme divisible.

Mais, comme le contrat est indivisible, au moins dans son exécution, l'acquéreur peut user du droit de rétention sur la

(1) P. 2, nos 501 et 506.

(2) Voy. toutefois ce que nous disons du droit de rétention, 1186, nos 38-43.

totalité de la chose, jusqu'à ce qu'il ait été intégralement remboursé. En ce sens, nous nous rapprochons de l'opinion de Dumoulin. Et peut-être au fond n'entend-il accorder d'autre droit à l'acquéreur que celui de retenir ainsi la chose, par voie d'exception et comme à titre de gage, *veluti jure pignoris*, jusqu'à son entier remboursement, sans qu'il puisse, d'ailleurs, en exiger, par voie d'action, la totalité du véritable propriétaire, héritier pour partie du vendeur, alors qu'il reprend sa chose.

24. Dans ses conséquences, la résolution est fort différente de l'éviction partielle, en ce qui touche les restitutions à faire à l'acquéreur. S'il y avait simplement éviction d'une partie, ce serait la valeur de cette partie qui devrait être restituée, suivant l'estimation à l'époque de l'éviction, et non proportionnellement au prix de la vente, soit que la chose eût augmenté ou eût diminué de valeur (1637). Au contraire, en cas de résolution, les restitutions embrassent le prix intégral et les dommages et intérêts légitimes. Sous ce rapport, elle offre des avantages à l'acquéreur, si la valeur de la chose a diminué; car, dans ce cas, il ne toucherait pas le remboursement de la moitié du prix, en supposant que l'éviction soit de moitié.

25. Les mêmes principes sont applicables au cas de louage. Ainsi, lorsque le propriétaire ou usufruitier succède au locateur pour une partie, le locataire poursuivi par lui en expulsion des lieux, ne peut lui opposer l'exception de garantie que pour la portion suivant laquelle il est héritier et garant. Lors donc qu'il aura fait juger que la propriété ou l'usufruit lui appartient de son chef, il pourra expulser le preneur, sans que celui-ci puisse retenir plus que la portion pour laquelle il est héritier, sauf son action en indemnité contre les autres héritiers du bailleur, et en résolution pour le tout, à raison de l'éviction soufferte, s'il y a lieu (1).

(1) DUMOULIN, P. 2, nos 509 et suiv. — POTHIER, *Louage*, nos 95 et suiv.

26. Nous terminerons par cette observation : c'est que l'héritier bénéficiaire, ne confondant pas ses biens personnels avec ceux de la succession, n'est point passible de l'exception de garantie.

ARTICLE 1224.

Chaque héritier du créancier peut exiger en totalité l'exécution de l'obligation indivisible. — Il ne peut seul faire la remise de la totalité de la dette ; il ne peut recevoir seul le prix au lieu de la chose. Si l'un des héritiers a seul remis la dette ou reçu le prix de la chose, son cohéritier ne peut demander la chose indivisible qu'en tenant compte de la portion du cohéritier qui a fait la remise ou qui a reçu le prix.

Sommaire.

1. Chaque créancier peut exiger le tout,
2. Même d'un seul débiteur,
3. Alors qu'il y est sans qualité à un autre titre.
4. Le créancier ne peut disposer de l'obligation.
5. De la remise d'une servitude par un seul copropriétaire.
6. Suite.
7. L'indemnité consiste dans la plus-value que donne la servitude au fond.
8. De la remise d'une obligation indivisible, *obligatione.* En quoi consiste l'indemnité?
9. L'obligation se divise, quant aux dommages et intérêts.

COMMENTAIRE.

1. De même que chaque débiteur conjoint ou chaque héritier du débiteur qui a contracté une dette indivisible en est tenu pour le total (1222, 1223), de même chaque héritier du créancier peut exiger en totalité l'exécution d'une pareille obligation (1224). Telle est la double conséquence de l'impossibilité physique ou morale qui s'oppose à ce que le payement puisse être effectué pour partie. Aussi, l'indivisibilité semble-t-elle multiplier l'obligation.

Il en est de même de chacun des créanciers conjoints à l'égard desquels une obligation indivisible a été contractée.

2. Il résulte de la combinaison du droit de chaque créancier avec l'obligation de chaque débiteur, qu'un seul créancier peut poursuivre pour le tout un seul débiteur et le libérer valablement.

3. L'indivisibilité donnant à chacun des créanciers le droit de poursuivre le payement de la totalité de la dette, il s'ensuit que tel qui se présente en justice comme représentant, comme mandataire d'un corps moral qui n'existe pas légalement, peut néanmoins, comme cointéressé, agir en exécution de l'obligation, à titre individuel pour le tout, à raison de l'indivisibilité de la chose due (1).

Réciproquement, la partie assignée a, au même titre et en la même qualité, droit de défendre à l'action.

4. Mais du droit de poursuite qui appartient à chaque créancier, il ne faut point déduire un droit absolu de disposition. Autre chose, la faculté de poursuivre le payement; autre chose, le droit de disposer de l'obligation. Le créancier d'une obligation indivisible ne peut donc seul faire la remise de la totalité de la dette. Il ne peut recevoir seul le prix au lieu de la chose (1224). Autrement, il disposerait de la chose d'autrui, pour tout ce qui excède sa part dans la créance.

Si donc l'un des créanciers conjoints ou l'un des héritiers du créancier a seul remis la dette ou reçu le prix de la chose, son cocréancier ou cohéritier peut encore demander la chose due. Mais il ne le peut qu'en tenant compte de la portion de celui qui a fait la remise ou qui a reçu le prix (1224).

5. Ainsi, une servitude est due à un champ indivis entre les deux héritiers du propriétaire du fonds dominant. L'un d'eux en fait remise au débiteur. Celui-ci n'en doit pas moins toute la servitude à l'autre héritier, sous la déduction, toute-

(1) Cass., 29 juin 1847. Sirey, 48, 1. 212.

fois, de l'estimation de la moitié. Car celui qui a fait la remise ne peut nuire à son consort, qu'en ce sens qu'il le réduit à la nécessité de tenir compte au débiteur de la portion qui lui a été cédée ou remise (1).

Mais cet exemple, tiré de l'ancien droit, mérite explication. Supposons, d'abord, que la remise ou cession ait eu lieu durant l'indivision. Comme, par suite de l'effet rétroactif du partage, chaque héritier est censé avoir succédé seul et immédiatement au lot qui lui est échu (883), si l'héritier qui a fait la remise a dans son lot le fonds dominant, tout est terminé à son égard et à celui de son consort. Ni l'un ni l'autre n'ont plus rien à réclamer. Si, au contraire, le fonds dominant est échu à celui des héritiers qui n'a pas fait la remise, il peut réclamer toute la servitude, sans avoir à tenir compte de rien au débiteur. Car cette servitude, en l'absence même de toute tradition, constitue aujourd'hui, non pas une simple créance, mais une charge réelle attachée au fonds servant, et un droit réel attaché de même au fonds dominant. Il ne fait, en conséquence, qu'exercer un droit de propriété auquel il est censé avoir succédé seul et immédiatement, sans que son consort soit censé y avoir jamais pris aucune part.

La remise ou cession a-t-elle eu lieu après le partage, il est encore bien plus évident que celui des héritiers qui a reçu dans son lot le fonds dominant, pourrait exercer la servitude, sans avoir rien à compter au propriétaire du fonds servant. Car la remise ou cession aurait eu lieu de la part d'un tiers étranger, sans droit ni qualité. Le débiteur n'aurait donc qu'un recours à exercer contre ce dernier, et nullement contre le propriétaire de la servitude.

6. Voici le seul cas où l'article 1224 puisse recevoir, en matière de servitude, une entière application ; c'est lorsque, durant l'indivision, l'un des héritiers du propriétaire du fonds dominant fait remise ou cession de la servitude, et que l'autre

(1) DUMOULIN, P. 3, n° 189.

héritier, toujours durant l'indivision et avant tout partage, prétend exercer la servitude, comme si elle n'avait été ni remise ni cédée. Il doit alors tenir compte de la portion de celui qui a fait la remise ou reçu le prix.

Mais il est clair que ce dernier, profitant également de la servitude, devrait à son tour, par l'action en partage, tenir compte à son cohéritier de tout ce que celui-ci aurait été forcé de payer au débiteur (1).

7. Remarquons que l'article 1224 ne dit pas que le cohéritier, qui demande la chose indivisible, doive tenir compte au débiteur de tout ce que son cohéritier a pu recevoir pour prix de sa remise ou de sa cession. Il dispose seulement qu'il doit être tenu compte de la portion du cohéritier. C'est donc la valeur de cette portion qui doit être estimée, en cas de remise ou de cession de servitude, par exemple, sans que le cohéritier qui la réclame doive rembourser au débiteur tout le prix qu'il lui en a coûté pour en être déchargé. Aussi, doit-on estimer la valeur de cette servitude en raison de la plus-value seulement qu'elle donne au fonds dominant, et non en raison de la dépréciation qu'elle cause au fonds assujetti. Car le cohéritier n'en tire profit que dans la mesure de cette plus-value (2).

8. S'il s'agissait d'obligations indivisibles *obligatione*, comme de construire une maison, de livrer un emplacement pour bâtir; ou indivisibles *solutione*, comme de donner un cheval, un tableau, une statue, un corps certain non susceptible de division matérielle; le cohéritier qui réclamerait l'exécution totale de l'obligation, ne pourrait de même le faire qu'en tenant compte de la portion de son cohéritier, qui aurait fait remise de la dette ou en aurait reçu le prix. Mais alors la seule manière dont il ait à en tenir compte consiste, purement et simplement, dans l'admission du débiteur comme cocréancier ou copropriétaire indivis, en proportion des droits

(1) Duranton, t. 11, n° 315.
(2) Duranton, t. 11, *ibid.*

qui lui ont été cédés ou remis par l'un ou plusieurs des créanciers ou héritiers du créancier (1).

C'est comme si l'un des créanciers était devenu héritier du débiteur, ou que le débiteur fût devenu héritier de l'un des créanciers. La confusion qui s'est opérée n'aurait pas pour effet d'éteindre pour partie l'obligation, à raison de son indivisibilité. Il en résulterait seulement, en faveur du débiteur ou du créancier sur la tête duquel cette confusion s'est effectuée, une communauté, une copropriété dans l'obligation, eu proportion de ses droits comme créancier.

9. Lorsque l'obligation indivisible, à défaut d'exécution, se convertit en dommages et intérêts, chaque créancier ou chaque héritier du créancier ne peut alors exiger que sa part d'indemnité. Une obligation divisible a, en effet, pris la place d'une obligation indivisible, sans qu'il existe entre les créanciers aucun lien de solidarité.

Si des dommages et intérêts étaient dus, en outre de l'obligation indivisible, pour cause de retard ou autre manquement dans l'exécution, chaque héritier du créancier pourrait, sans doute, exiger en totalité l'accomplissement de l'obligation; mais, quant aux dommages et intérêts, il ne pourrait les réclamer qu'en proportion de ses droits ou du dommage par lui personnellement souffert.

Article 1225.

L'héritier du débiteur, assigné pour la totalité de l'obligation, peut demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, à moins que la dette ne soit de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné, qui peut alors être condamné seul, sauf son recours en indemnité contre ses cohéritiers.

(1) Duranton, t. 11, *ibid.*

Sommaire.

1. Divers cas.
2. Du cas où le partage a attribué à l'un des débiteurs le fonds grevé de la servitude.
3. Observations sur cet exemple.
4. Du cas où la dette peut être acquittée par tel ou tel.
5. Du cas où la dette ne peut être acquittée que par tous conjointement.
6. Si le débiteur assigné n'appelle pas les autres, il est condamné pour le tout.
7. L'article 1225 suppose qu'on demande une exécution littérale.
8. La mise en cause des autres n'a pas toujours pour objet de faire diviser l'obligation.
9. Elle n'a pas non plus pour unique objet de faire statuer sur le recours de l'assigné.
10. Si le débiteur assigné est le seul qui puisse exécuter, il ne peut appeler les autres que pour faire statuer sur son recours.
11. De la suspension et interruption de la prescription.
12. Le jugement rendu en faveur de l'un des créanciers profite aux autres.
13. Le jugement rendu contre l'un nuit aux autres.
14. Il n'y a pas lieu à tierce opposition. Exceptions.
15. Mais chacun peut appeler. Dans quel délai?
16. La rétractation du jugement profite aux autres.
17. De l'extension de la chose jugée entre les débiteurs. Renvoi.

COMMENTAIRE.

1. Lorsqu'un seul des débiteurs conjoints, ou l'un des héritiers du débiteur est poursuivi en exécution totale d'une obligation indivisible, est-il dans tous les cas forcé de répondre seul à la demande? N'a-t-il pas le droit de mettre en cause ses coobligés? Un délai ne doit-il pas lui être accordé à cet effet? En résultera-t-il que la condamnation puisse être divisée entre tous les débiteurs? Quel doit être enfin l'objet, le résultat de cette mise en cause des autres débiteurs ou héritiers du débiteur?

Pothier distingue trois cas (1) : 1° celui où la dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par celui des héritiers qui a été assigné;

2° Celui où elle est de nature à pouvoir être acquittée sé-

(1) *Oblig.*, n° 332.

parément, soit par celui qui est assigné, soit par chacun de ses cohéritiers ;

3° Celui où elle est de nature à ne pouvoir être acquittée que par tous conjointement.

2. Il s'agit, par exemple (1), d'une servitude de passage promise par le défunt sur un fonds qui est échu au lot de l'héritier assigné. Il est, comme propriétaire, le seul qui puisse acquitter la dette. Il sera donc condamné à imposer et souffrir la servitude, sauf son recours en indemnité contre ses autres cohéritiers, s'il n'a été chargé, par le partage, de cette servitude. C'est là précisément le cas prévu par l'article 1225.

3. Nous observons, sur cet exemple emprunté à Pothier, que l'application ne peut aujourd'hui s'en faire dans les mêmes conditions qu'autrefois. Les obligations de donner sont, en effet, parfaites par le seul consentement des parties, sans le secours de la tradition. Une servitude promise est donc maintenant une servitude constituée. Elle ne produit pas une simple créance, mais un droit réel attaché au fonds dominant, et grevant le fonds servant.

Il faut donc supposer, pour l'exacte application de cet exemple, qu'il s'agit d'une servitude à l'établissement de laquelle il manque une condition définitive. Telle serait la servitude de passage, d'aqueduc, sous la réserve, de la part des parties, de s'entendre plus tard sur le lieu, le mode et les conditions accessoires de cette servitude. Jusqu'à son établissement parfait et définitif, elle constitue, dans la rigoureuse acception du mot, une obligation indivisible, dont chaque créancier peut exiger en totalité la prestation de la part de l'héritier, au lot duquel les fonds servant est échu, sans qu'il puisse demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers; il est, en effet, le seul qui ait les moyens d'acquitter la dette.

4. Voici un exemple du second cas, de celui où la dette peut

(1) POTHIER, *ibid.*

être acquittée par tel ou tel des héritiers du débiteur indifféremment. Une personne s'est obligée envers une autre à lui procurer une servitnde sur un fonds appartenant à un tiers. Le créancier pourra demander à chacun des héritiers du promettant l'accomplissement de cette obligation, parce qu'elle est indivisible, et que chacun d'eux peut s'entendre, pour l'établissement de la servitude, avec le propriétaire du fonds sur lequel elle a été promise.

Mais l'héritier assigné, n'étant point tenu solidairement, peut demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, afin qu'ils s'entendent pour procurer au créancier la servitude promise, et que, faute par eux de la lui procurer, la condamnation aux frais et aux dommages et intérêts soit partagée entre eux, comme obligation divisible, dans la proportion suivant laquelle chacun d'eux en est tenu (1).

Tel serait encore le cas où une personne s'est obligée à construire une maison, pourvu que cette obligation ait passé sur la tête de ses héritiers, nonobstant son décès. Chacun des héritiers peut être poursuivi pour le tout; mais, comme chacun d'eux n'est point débiteur solidaire, il peut mettre les autres en cause, pour que la condamnation soit prononcée contre tous, et que les dommages et intérêts dus pour inexécution se partagent entre eux, suivant leurs parts héréditaires (2).

5. Nous donnons maintenant un exemple du troisième cas, de celui où la dette ne peut être acquittée que par tous conjointement. Vous me promettez une servitude de passage, sauf à nous entendre plus tard sur l'endroit où elle devra être exercée. Vous mourez avant l'établissement définitif de cette servitude, et laissez plusieurs héritiers. L'obligation est sans doute indivisible; mais elle ne peut être acquittée que par tous ensemble conjointement, tant que le fonds servant demeure dans l'indivision entre eux. Car la servitude ne peut être cons-

(1) Pothier, *Oblig*, n° 333.
(2) Pothier, *ibid.* — Duranton, t. 11, n° 309.

tituée que par le concours de tous les copropriétaires (1).

Si un seul des héritiers est assigné, il pourra donc demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers. Il y a mieux : il pourra contraindre le demandeur à régulariser l'instance en les appelant à ses frais, puisque seul il n'a pas qualité pour répondre à une action intentée pour le tout, *suscipere actionem nisi simul alii vocentur*, ni pour y défendre, à moins que les autres ne soient mis en cause avec lui, et que c'est au demandeur à se donner des contradicteurs légitimes (2).

Ce dernier y est même intéressé, afin d'obtenir un jugement qui ait force de chose jugée contre tous, et soit à l'abri d'une tierce opposition de la part des autres, dans le cas où le fonds servant tomberait dans leur lot, par suite du partage ou de la licitation.

6. Lorsque l'héritier du débiteur seul assigné est en droit de demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, et qu'il néglige de le faire, il doit être condamné seul au payement de l'obligation indivisible, soit mêmes aux dommages et intérêts dus à défaut d'exécution, sauf recours contre eux (3). Il est alors tenu de la totalité, pour s'être seul chargé de la cause envers le créancier.

7. L'article 1225 suppose, dans son application, que le créancier poursuit l'héritier du débiteur en exécution de toute l'obligation indivisible, qu'il en demande l'exécution stricte et littérale. S'il s'agissait, en effet, d'une obligation indivisible qui ne fût plus susceptible d'accomplissement, et que le créancier poursuivît l'un des héritiers du débiteur, non pas en exécution de cet engagement, mais en payement de dommages et intérêts pour inexécution, il ne pourrait demander contre lui de dommages et intérêts que dans la proportion de sa part héréditaire. L'héritier assigné n'aurait même pas alors à de-

(1) Dumoulin, p. 2, n°s 171 et suiv. — Pothier, *Oblig.*, n° 334.
(2) Dumoulin, p. 2, n° 175.
(3) Dumoulin, p. 2, n° 170. — Pothier, *Oblig.*, n° 333.

mander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, puisque la demande ne peut être donnée contre lui que d'une manière divisée, et que le créancier doit obtenir contre chacun une condamnation suivant sa part virile.

Tel est le cas où une personne laisse plusieurs héritiers, après s'être obligée, par exemple, à prendre une inscription hypothécaire, à exercer un rachat pour le compte du stipulant. Cette obligation est sans doute indivisible, et chacun des héritiers du débiteur peut être poursuivi pour le tout. Mais il n'est plus temps de prendre inscription, ou d'exercer le rachat. Le créancier, à défaut de l'accomplissement de l'obligation, l'exécution en étant désormais impossible, poursuit donc le payement de dommages et intérêts. Il ne peut alors former qu'une demande divisée contre chacun des héritiers du débiteur. Une obligation divisible s'est, en effet, substituée à la première. Si l'action était intentée pour le tout, il y aurait plus-pétition, et le défendeur la ferait réduire immédiatement, sans avoir besoin de mettre en cause ses cohéritiers. Cette mise en cause n'est donc utile que dans le cas où un seul des débiteurs est poursuivi et peut être condamné pour le tout.

8. Il ne faut point s'imaginer que, dans le cas même où le débiteur poursuivi pour la totalité peut mettre en cause ses consorts, l'exercice de cette faculté ait pour objet de faire diviser l'exécution de la condamnation. La condamnation pourra bien être prononcée contre tous, et même divisément contre chacun, pour sa part et portion, en ce qui concerne les frais et les dommages et intérêts, en un mot, pour toutes les choses divisibles qui font un sujet particulier de condamnation. Mais l'obligation principale n'en reste pas moins indivisible, et ne peut être exécutée par partie, soit qu'il s'agisse de la dette d'un corps certain, soit que l'un des héritiers ait été chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation, soit que l'intention des parties ait été que la dette ne pût s'acquitter partiellement, soit enfin qu'il s'agisse d'une dette dont

l'objet n'est pas susceptible de division matérielle ou intellectuelle.

9. D'un autre côté, cette mise en cause n'a pas seulement pour objet de faire statuer sur le recours que l'héritier assigné seul et condamné, peut avoir à exercer contre ses cohéritiers. Comme il n'est pas tenu solidairement, *totaliter*, mais conjointement avec ses consorts, en sa qualité d'héritier pour partie du débiteur, il ne doit être condamné seul que faute par lui d'avoir appelé les autres en cause (1). Mais en les y appelant, il les oblige à contribuer avec lui à l'accomplissement de l'obligation, et à subir leur part dans la condamnation prononcée (2). Tel est le cas où il s'agit de déterminer le lieu où devra s'exercer la servitude promise, fixation à laquelle tous les débiteurs doivent concourir, et qui même ne peut s'effectuer sans leur concours.

Que l'on suppose donc que l'héritier poursuivi déclare qu'il est prêt, autant qu'il est en lui, à accomplir l'obligation, de telle sorte qu'il ne tienne qu'à l'autre héritier qu'elle ne soit parfaitement accomplie ; ce dernier sera seul passible des dommages et intérêts, et celui qui aura fait des offres ne le sera point, à moins de clause pénale (1232) (3). Voilà un premier cas où la condamnation est plus que divisée, puisqu'elle pèse sur l'autre héritier appelé en cause.

Supposons qu'il s'agisse de la promesse de construire une maison. L'héritier assigné déclare qu'il est prêt à satisfaire à son obligation. Néanmoins, comme cette obligation est de nature à pouvoir être acquittée par lui, sans le concours de son coobligé, il est passible de dommages et intérêts pour défaut d'exécution ; mais ces dommages et intérêts se divisent entre lui et celui qu'il aura appelé en cause. La dette devient en effet, dès lors, divisible.

Quant à ce dernier, il peut même être condamné à la tota-

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 330.

(2) DUMOULIN, P. 3, n°s 90 et 104.

(3) DUMOULIN, P. 3, n° 95. — POTHIER, *Oblig.*, n° 334.

lité des dommages et intérêts, toutes les fois que c'est par sa faute personnelle que l'obligation a été inexécutée.

La mise en cause, autorisée par l'article 1225, aura donc pour objet de faire diviser la condamnation, lorsque l'obligation indivisible est inaccomplie, et que, pouvant être exécutée par l'un ou l'autre des débiteurs indifféremment, elle a été remplacée par une obligation divisible de dommages et intérêts. Elle a même pour résultat de reporter la condamnation tout entière sur ceux qui ont été appelés en cause, si, ne pouvant être exécutée que par tous ensemble conjointement, ces derniers sont seuls en faute.

Mais, en aucun cas, l'exécution de l'obligation ne se divise, lorsque le jugement prononce condamnation à une exécution stricte et littérale (1).

10. Si l'obligation indivisible ne peut être acquittée que par l'héritier assigné, il est évident que la mise en cause des autres ne peut jamais avoir pour effet de faire diviser la condamnation. Il doit alors être condamné seul (1225), sauf sou recours en indemnité.

Tel est le cas où il s'agit de la restitution d'un dépôt. Celui des débiteurs qui seul a les moyens de la faire, en est tenu *in solidum,* pour la totalité (2).

Mais il peut toujours appeler les autres obligés à sa garantie, afin d'être assisté dans sa défense, ou, dans tous les cas, indemnisé, et de faire statuer sur son recours. Autre chose, en effet, une condamnation divisée, même à l'égard du créancier; autre chose une condamnation qui ne fait qu'assurer un recours et régler une indemnité entre les débiteurs (3).

11. Nous terminerons par quelques observations sur les effets de l'indivisibilité en matière de prescription et de chose jugée.

(1) Voy. cep. ZACHARIÆ, T. 2, pag. 286, n[te] 19. — DURANTON, T. 11, n[os] 303 et suiv.

(2) L. 3, § 3, *ff. Commod. vel contrà.* — POTHIER, *Oblig.*, n° 303.

(3) DURANTON, T. 11, n° 305. — RODIÈRE, n° 368.

Si la prescription a été interrompue ou suspendue en faveur de l'un des créanciers, cette interruption ou suspension profite aux autres. Ainsi, en matière de servitude, si, parmi les copropriétaires, il s'en trouve un contre lequel la prescription n'a pu courir, comme un mineur, il aura conservé le droit de tous les autres (710). *In individuis minor majorem relevat*, en matière indivisible, le mineur relève le majeur; celui qui conserve son droit conserve le droit commun de tous. C'est qu'on ne peut alors concevoir une suspension ou une interruption partielle (1).

Ce principe s'applique à toute espèce d'indivisibilité. Il importe peu qu'il s'agisse d'une indivisibilité *contractu, obligatione*, ou même *solutione* seulement, pourvu du moins, dans ce dernier cas, qu'un seul créancier puisse exiger la totalité.

De même que le droit conservé par l'un des créanciers est censé conservé par tous, de même le droit conservé contre l'un des débiteurs est censé maintenu contre tous. Si donc la prescription est interrompue contre l'un des débiteurs, le créancier conserve son droit contre tous (2249).

Cette règle s'applique à toutes sortes d'obligations indivisibles, soit *contractu* (2), soit *obligatione* (3), soit *solutione* (4), du moins, dans ce dernier cas, lorsque chaque débiteur peut être poursuivi par le créancier pour le tout, par voie d'action, et que celui-ci n'est pas seulement autorisé à refuser un payement partiel.

L'indivisibilité produit ainsi, en ce qui concerne la suspension ou l'interruption de la prescription, des effets plus étendus que la solidarité. L'article 2249 consacre cette différence.

12. Quant à l'extension de la chose jugée d'un consort à

(1) Argou, t. 2, pag. 406. — Pothier, *Oblig.*, n° 663. — Dunod, pag. 59. — Merlin, Rép., v° *Prescript.*, sect. 1, § 7, art. 2, n° 10, et Quest., v° *Prescript.*, § 14. — Zachariæ, t. 2, pag. 287. — Troplong, *Prescript.*, n° 637. — Duranton, t. 11, n° 259.

(2) Zachariæ, t. 2, pag. 287. — Toullier, t. 6, n° 797.

(3) *Contrà*, Duranton, t. 11, n° 267.

(4) *Contrà*, Toullier, t. 6, n° 797.

l'autre, en matière d'obligations indivisibles, nous avons à l'apprécier tant du côté des débiteurs que du côté des créanciers.

On est d'accord pour reconnaître que le jugement rendu en faveur de l'un des créanciers, ou de l'un des héritiers du créancier d'une obligation indivisible, profite également aux autres cointéressés qui n'ont point figuré dans l'instance. Ainsi, lorsque l'un des copropriétaires d'un fonds indivis a fait reconnaître en faveur de ce fonds l'existence d'une sertude, le jugement rendu profite aux autres copropriétaires (1).

Nous citons ce cas d'obligation indivisible, comme nous pourrions en citer tout autre, soit qu'il s'agisse d'une indivisibilité de contrat, d'obligation ou de payement, pourvu que cette dernière indivisibilité soit telle qu'elle autorise chaque créancier à exiger du débiteur le payement de la totalité.

C'est que la chose étant indivisible, et chaque créancier pouvant en exiger le payement total, l'indivisibilité même de l'objet de la demande, jointe à l'indivisibilité de l'action, fait que la chose demandée par l'un des créanciers, dans une première instance, est la même que celle que pourraient demander les autres cointéressés, et que ceux-ci sont réputés ne former qu'une seule et même personne avec le demandeur originaire qui les a représentés dans la cause (2).

13. Mais en est-il ainsi des jugements rendus contre l'un des créanciers en matière indivisible? Peuvent-ils nuire aux autres cointéressés, de même qu'ils leur profitent quand ils rendent leur position meilleure? Doit-on alors considérer ces cointéressés comme des tiers, du moment qu'il s'agit de jugements qui nuiraient à leurs intérêts, s'ils pouvaient leur être opposés? Nous croyons encore qu'il y a chose jugée, dans ce cas, contre tous les créanciers, et qu'il importe peu que le jugement leur soit favorable ou contraire.

(1) L. 4, § 3, *ff. De servit. vind.*—ZACHARIÆ, T. 5, pag. 777, n° 41.
(2) POTHIER, *Chose jugée*, n° 59. — TOULLIER, T. 10, n° 207. — DURANTON, T. 13, n° 528. — ZACHARIÆ, T. 5, pag. 773.

En effet, si l'indivisibilité de l'objet de la demande et l'indivisibilité de l'action intentée par un seul créancier, établissent la double identité de la chose et des parties; si, en conséquence, le jugement rendu en faveur de l'un d'eux profite aux autres lorsqu'il est favorable, pourquoi, dans le cas contraire, ne doit-il pas leur nuire? Pourquoi ne leur est-il pas opposable? Il y a toujours identité de chose et de parties; car cette identité est indépendante de la circonstance que le jugement a été rendu pour ou contre le créancier.

Ainsi, le jugement rendu contre l'un des copropriétaires d'un fonds indivis, qui réclame une servitude en faveur de ce fonds, est opposable, comme chose jugée, aux autres copropriétaires qui n'ont point figuré dans l'instance (1).

Il importe même peu que, par suite du partage, le fonds pour lequel la servitude a été réclamée soit échu à un autre que celui contre lequel le jugement a été rendu. En vain invoquerait-il les effets déclaratifs du partage, pour prétendre que rien n'a été jugé, ni censé jugé avec lui, étant réputé seul propriétaire dès le principe. Car ici la fiction cède à la réalité, et la réalité est que l'instance ayant été poursuivie et jugée durant l'indivision, chacun des copropriétaires a été représenté par le demandeur, qui a agi pour une chose indivisible et au nom d'un droit indivisible (2).

14. La voie de la tierce opposition n'est donc pas ouverte aux autres créanciers, puisqu'ils ont été représentés par leur consort, et que ce recours n'appartient qu'à ceux qui n'ont été ni parties ni représentés dans l'instance (3).

Cependant, si le jugement avait été rendu par suite d'un concert frauduleux, ceux des créanciers qui n'auraient pas été

(1) Pothier, *Chose jugée*, n° 59. — Toullier, t. 10, n°s 206 et 207. — Pardessus, *Servitudes*, n° 334. — *Contrà*, Zachariæ, t. 5, pag. 777, n° 44. — Duranton, t. 13, n° 528. — Bonnier, n° 702. — Rodière, n° 370.

(2) *Contrà*, Zachariæ, t. 5, pag. 777, n° 44, *in fine*.

(3) Toullier, t. 10, n° 207. — *Contrà*, Pothier, Duranton, Zachariæ, *id*.

appelés dans l'instance seraient admis à se pourvoir par tierce opposition. Car, bien loin d'être représentés, ils sont trahis et fraudés (1).

Il faut en dire autant du cas où le jugement aurait été rendu par suite d'une renonciation à des moyens communs, qui constitueraient des droits acquis au profit des autres cointéressés, et dont ils ne sauraient être dépouillés par le fait de leurs consorts (2).

Le jugement obtenu contre un seul des créanciers n'aurait pas non plus l'autorité de la chose jugée contre les autres, s'il n'avait été rendu que par suite d'un aveu, d'une reconnaissance, d'un acquiescement, d'une renonciation, d'un acte volontaire quelconque, qui serait expressément ou tacitement émané de celui qui a figuré seul dans l'instance. La nature indivisible de l'obligation crée sans doute entre les créanciers, comme entre les débiteurs, des rapports fondés sur la pensée d'un mandat réciproque et mutuel, qui fait que tous sont censés représentés par chacun. Mais ces rapports sont eux-mêmes dominés par cette idée, que le mandat conféré à chaque créancier ou à chaque débiteur lui donne seulement le droit de rendre meilleure la condition de ses consorts, et non celui de la rendre pire. Le mandat étant ainsi limité dans sa portée, il s'ensuit que, si, en principe général, le jugement rendu contre l'un des créanciers a l'autorité de la chose jugée envers tous les autres, ce n'est que dans le cas où il a été prononcé sur le fait de la dette, sur des moyens communs, sur une défense sérieuse et non dolosive ; tandis qu'il y a exception, lorsqu'il n'a été rendu qu'à la suite d'une renonciation ou de tout autre acte volontaire préjudiciable émané de la partie seule instanciée, et que son mandat ne lui donnait pas le droit d'accomplir sans un pouvoir exprès et spécial de ses consorts. Ces derniers peuvent donc dire que le jugement ne leur est pas opposable, ou le faire rétracter par la voie de la tierce opposition.

(1) POTHIER, *ibid.* — TOULLIER, t. 10, n° 208.
(2) Voy. 1351, n° 100.

15. Dans le cas où la chose jugée contre l'un s'étend aux autres, le jugement acquiert contre eux l'autorité souveraine de la chose jugée, du moment et par cela seul qu'il l'a acquise contre la partie en cause. Chacun d'eux a bien le droit individuel d[illegible] en interjeter appel, sans [illegible] qu'il puisse en être privé par le fait de son consort. Cependant le jugement peut leur être opposé, tant qu'ils ne l'ont pas fait rétracter par les voies de recours qui leur restent ouvertes. Il est donc tout au moins susceptible d'acquérir contre eux l'autorité de la chose jugée, à défaut par eux de s'être pourvus dans la mesure de leurs droits et dans les délais fixés. Mais le jugement ne doit pas leur être signifié, comme il devrait l'être s'ils avaient été personnellement parties dans l'instance. Il suffit qu'il soit notifié à la partie en cause, et c'est du jour de cette notification que les délais d'appel courront contre eux; car ils sont censés avoir été représentés personnellement dans le débat.

16. Tels sont alors les effets de l'indivisibilité, que la rétractation du jugement obtenue par un seul profite à tous les autres, alors même qu'ils seraient personnellement déchus du droit de se pourvoir. Car, en matière indivisible, celui qui conserve son droit propre, conserve par cela même le droit commun de tous. En effet, à la différence du cas où il s'agit de choses divisibles, si le jugement de condamnation pouvait encore être ramené à exécution à l'égard de celui ou de ceux des intéressés contre lesquels il a été rendu, cette exécution, portant sur une chose indivisible, ne se poursuivrait jamais sans réagir contre celui qui a gagné son procès, et sans le dépouiller du bénéfice du jugement rendu en sa faveur.

17. Quant aux débiteurs conjoints ou héritiers du débiteur d'une chose indivisible, ils sont de même censés représentés dans les jugements rendus avec l'un d'eux, soit que les jugements leur soient favorables ou contraires. Il y a, comme à l'égard des créanciers, et par les mêmes raisons, identité d'objet et de parties. Ils ne pourront donc y former tierce oppo-

sition, si ce n'est pour fraude et collusion, ou bien à moins que la partie n'ait fait quelque acte de renonciation, de reconnaissance ou d'acquiescement, que son mandat essentiellement restreint ne lui permettait pas d'accomplir au préjudice des autres codébiteurs (1).

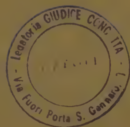
Mais ils pourront en [illegible] interjeter appel dans les délais de la loi, à partir de [illegible] de la notification qui en sera faite à la partie qui a figuré dans l'instance.

On peut, au surplus, consulter sur ces divers points ce que nous avons dit de l'extension de la chose jugée en matière solidaire (2).

(1) Toullier, t. 10, nos 206 et suiv. — Pothier, *Chose jugée*, n° 59.
(2) 1208, nos 18 et suiv.

FIN DU DEUXIÈME VOLUME.

LIMOGES. — DUCOURTIEUX ET Cie, IMPRIMEURS.


Legatoria GIUDICE

